Der fingierte Zugang empfangsbedürftiger Willenserklärungen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Paul Relling
Referendar aus Oldesloe.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Referent: Professor Dr. Bernhöft

Meinen Eltern

in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Abschnitt. §§ 1—7.
1. Empfangsbedürftige Willenserklärungen. Ihre Vollendung und Wirksamkeit. Willenserklärungen an Anwesende. Willenserklärungen durch Boten. §§ 1—3 1
2. Begriff des Zugehens. §§ 4—7 10

II. Abschnitt. §§ 8—15.
1. Die Habichtsche Fiktionslehre. § 8 25
2. Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben (David). § 9 34
3. Anwendung der Lehre vom Schadensersatz (Planck, Breit). § 10 36
4. Die Lehre Titzes; ihre Würdigung durch Blume. Ihre Berechtigung. §§ 11—14 38
5. Die Lehre Blumes. § 15 48

III. Abschnitt. § 16.
1. Scheidung empfangsbedürftiger Willenserklärungen nach dem Erklärungsmittel. § 16 50

Literaturverzeichnis.

Bernhöft, Das neue bürgerliche Recht. 1902.

Blume, Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 51 S. 1 ff.

Breit, Die Verhinderung bei Vollziehung einer Willenserklärung. In Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1906 S. 589.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

David in der Deutschen Juristenzeitung 1901 S. 340 ff.

David, Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. In Gruchots Beiträgen Bd. 56 S. 232 ff.

Dernburg, Bürgerliches Recht. 2. Aufl.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1. 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl.

Entscheidungen des RG. in Zivilsachen.

Engelmann, Das bürgerliche Recht.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Bd. 2. S. 600 ff.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Aufl.

Fleck, Der Bote. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 15 S. 337 ff.

Fritze im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 14 S. 214 ff.

Habicht, Die Verhinderung an der Abgabe einer Willenserklärung. In der Deutschen Juristenzeitung 1901 S. 265 ff.

Hölder in der Deutschen Juristenzeitung 1901 S. 157 ff.

Hölder, Zur Theorie der Willenserklärung. 1903.

Hölder, Der Zugang der Willenserklärung. In der Deutschen Juristenzeitung 1901 S. 340 ff.

Hellwig in der Juristischen Wochenschrift 1905 S. 356 ff.

Hellwig, Lehrbuch. Bd. 1. S. 233.

Joerges in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 56 S. 74—76.

Isay, Die Willenserklärungen im Tatbestande des Rechtsgeschäfts. S. 36 ff. u. S. 45 ff.

Koppers, Willenserklärung mittels Fernsprechers. In der Deutschen Juristenzeitung 1901 S. 112.

Koppers, Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 225 ff.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerlichen Recht.
Kunstmann, Das Zugehen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nach §§ 130, 131 BGB. Diss. Erlangen 1907.
Leonhard, R., Allgemeiner Teil. 1900.
Leonhard, F., Wahl bei der Wahlschuld.
Leonhard, F., in Jherings Jahrbüchern Bd. 41.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.
Motive zu dem Entwurf eines BGB.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse.
Oertmann im Recht 1906 S. 723 ff.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl.
Protokolle zu dem Entwurfe eines BGB.
Regelsberger, Pandekten.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1899.
Schloßmann, Der Vertrag. 1878.
Staudinger, Kommentar zum BGB.
Thiele im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89 S. 136.
Tietze, Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 47 S. 387 ff.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines BGB.
Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. 2. S. 32 ff.

§ 1.

„Eine Willenserklärung, welche einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht", sagt der Satz 1 des § 130 BGB. Mit dieser Lehre hat das Gesetz die Empfangstheorie zur Geltung gebracht und festgelegt, daß es der Vernehmung einer abgegebenen Erklärung zu deren Wirksamwerden nicht bedarf. Freilich gilt diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut nur für diejenigen Willenserklärungen, „die einem anderen gegenüber abzugeben sind"; die herrschende Ansicht nennt diese, einer Anregung Zitelmanns[1]) folgend, „empfangsbedürftige Willenserklärungen". Diese Bezeichnung ist nicht von allen Autoren gebilligt worden und kann auch keineswegs als einwandfrei bezeichnet werden. Nach dem Sprachgebrauch werden wir unter dem „Empfange einer Willenserklärung" doch wohl das „Wahrnehmen" derselben zu verstehen haben. Aber gerade das hat der Gesetzgeber mit diesem Ausdruck nicht sagen wollen. Mit Recht tadelt daher Bekker[2]) diese Bezeichnung als unklar und schief, da eine ganze Reihe dieser „empfangsbedürftigen Willenserklärungen" gerade des „Empfanges", den man hier im Sinne von Kenntnisnahme verstehen müsse, nicht bedürfe.[3])

Doch ist es einmal bislang nicht gelungen, einen treffenden Ausdruck zu finden, andererseits ist die bisherige Ausdrucks-

---

[1]) S. 98 ff.

[2]) Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 43.

[3]) Bekker will nach § 130 folgende Einteilung der Willenserklärungen vornehmen: 1. Willenserklärungen, die nicht einem anderen gegenüber abzugeben sind, 2. Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, und zwar a) solche, die der Kenntnisnahme, b) solche, die des Zugehens bedürfen, c) solche, die auch unzugegangen wirksam werden können.

weise so allgemein geworden, daß sie zu Mißverständnissen keinen Anlaß mehr gibt.

Die empfangsbedürftigen Willenserklärungen des § 130 bilden im Rechtsverkehr weitaus die Mehrheit. Für ihre Vollendung wird folgendes gefordert[4]):

1. Nötig sind zwei Personen, der Erklärende und der Erklärungsgegner.

2. Die Erklärung muß fertig sein, d. h. sie muß gewollt abgegeben sein, und zwar

3. mit Richtung auf den Erklärungsgegner.[5]) Hiermit wird gefordert, „daß der Erklärende den Empfang seiner Erklärung durch den andern beabsichtigen, d. h. die Vorstellung haben muß, der andere werde diese Erklärung empfangen, und zwar muß diese Vorstellung, um Absicht zu sein, bereits bei Abgabe der Willenserklärung selbst vorhanden sein.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die „empfangsbedürftige Willenserklärung" fertig. Freilich stehen nicht alle Autoren auf diesem Standpunkt. Leonhard[6]) hält sie erst dann für vollendet, „wenn der volle Tatbestand vorliegt, den das Gesetz für die Wirksamkeit des Erklärungsaktes verlangt".[6a]) Demnach bedarf es für die Vollendung der empfangsbedürftigen Willenserklärung noch ihres Zugehens. Doch dem ist nicht zuzustimmen. Zutreffend führt Matthiaß[7]) aus, daß der Empfang nicht Errichtungserfordernis ist, sondern sich erst später vollzieht; er ist ein „zur Willenserklärung hinzutretendes Tatbestandsmoment", ein Erfordernis ihrer Wirksamkeit.[8])

---

[4]) Matthiaß S. 184.

[5]) Matthiaß S. 185; ebenso Zitelmann, Rechtsgeschäft S. 99.

[6]) Allgem. Teil S. 283 ff.

[6a]) Ebenso Landsberg S. 178. Nach ihm hat die nicht zugegangene Willenserklärung erst „eine gewisse Stufe der Selbständigkeit erreicht, sie ist unabhängig von der Willens- und Geschäftsfähigkeit des Erklärenden". Ähnlich Hölder § 130 Nr. 4, nach dem ohne Zugang „tatsächlich eine vollendete Erklärung noch nicht vorliegt".

[7]) S. 185.

[8]) Ebenso Dernburg § 132 II, 1; Eck, Vorträge S. 165; Oertmann im Recht 1906 S. 722.

Nun meint zwar Landsberg,[9]) für die Richtigkeit der Leonhardschen Ansicht spreche deutlich, daß die Willenserklärung nicht wirksam werde, wenn dem Adressaten spätestens gleichzeitig mit ihr ein Widerruf zugehe. Doch scheint mir gerade dies ein Gegenbeweis der Richtigkeit seiner Ansicht zu sein. Mit Recht weist Oertmann,[10]) der unseren Standpunkt teilt, zur Begründung darauf hin, daß das Gesetz von dem Zugehen nicht die Vollendung, sondern das Wirksamwerden der Erklärung abhängig macht. Zutreffend führt er weiterhin im Anschluß an Dernburg als für die Richtigkeit seiner Ansicht entscheidend an, daß doch sonst die Vorschrift des § 130 Abs. 2 unnatürlich wäre: „Sei die Erklärung ohne Zugang noch unvollendetes Stückwerk, so könne doch auch der nach Abgabe der Erklärung eintretende Tod oder Geschäftsunfähigkeit nicht ohne Einfluß sein auf ihre Wirksamkeit, da es dann doch an dem ersten Erfordernis einer vollendungsbedürftigen Erklärung fehle: der Person des Erklärenden.“ Ausdrücklich sagt aber das Gesetz im Abs. 2 des § 130 das Gegenteil.

Nicht unbestritten ist nun in der Literatur die Frage, ob empfangsbedürftige Willenserklärungen auch stillschweigend abgegeben werden können, oder ob für sie stets ausdrückliche Abgabe erforderlich ist. Die Zweifel sind daraus entstanden, daß einige Autoren die Möglichkeit in Abrede stellen, eine stillschweigende Willenserklärung überhaupt mit Richtung auf einen andern abgeben zu können. Der § 74 des 1. Entw. hatte das Bestehen dieser Möglichkeit bejaht, indem er für die Wirksamkeit forderte, „daß die ausdrückliche Willenserklärung ihm (dem Empfänger) zukommt, die stillschweigende zu seiner Kenntnis gelangt“.[11]) Die 2. Kommission strich diesen Passus und ließ unsere Frage unentschieden; doch sprach sich die Mehrheit der Kommission in bejahendem Sinne aus.[12]) Diesen Standpunkt teilt Planck[13]) nur in bescheidenem Umfange; nach seiner

[9]) S. 180.
[10]) S. 723.
[11]) Prot. II Bd. 1 S. 63 ff.
[12]) Prot. II S. 124 ff.
[13]) S. 206/07; ebenso Schloßmann, Vertrag S. 62 ff.

Ansicht fehlt bei einer stillschweigenden Willenserklärung als einer Willensbetätigung regelmäßig die Absicht, den Willen zu erklären, und deswegen könne auch die Absicht, eine solche Erklärung zur Kenntnis des andern zu bringen, nicht vorliegen. Die wenigen Fälle, in denen dies denkbar sei, seien Ausnahmefälle.

Diese Schlußfolgerung ist, wie Titze[14]) zutreffend darlegt, vollkommen richtig, aber sie beruht auf einer falschen Voraussetzung; denn es trifft nicht zu, daß bei der Willensbetätigung die Absicht fehlt, den Willen zu erklären.

So ist denn auch die überwiegende Mehrheit in der Literatur der Ansicht der Kommission beigetreten.[15]) Es ist auch schwer einzusehen, wie man das Erfordernis der Richtung bei stillschweigenden Willenserklärungen als nicht erfüllbar betrachten will. Zutreffend bemerkt hierzu Zitelmann[16]): „Besteht nun die Richtung in einer den Erklärungsakt begleitenden bloßen Vorstellung, so ergibt sich, daß sie äußerlich häufig nicht hervortreten wird, obwohl sie durchaus vorhanden ist: gewiß gibt es ein Anschweigen, wie es ein Anreden gibt".

§ 2.

Den Willenserklärungen an Abwesende finden wir eine andere Gattung nicht im Gesetz gegenübergestellt. Dem Sprachgebrauch entspricht es, hier den Ausdruck zu gebrauchen: Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber in dessen Anwesenheit abgegeben sind, wie dies entsprechend auch im Gesetz der § 145 beim Vertragsantrag tut. Welche Erklärungen sind nun einem Anwesenden gegenüber abgegeben? Was heißt überhaupt anwesend?

Der Sprachgebrauch versteht doch darunter einen Zustand des räumlichen Zusammenseins. Aber welcher Art? Etwa, daß die Parteien sich sehen können? Dann wären nicht anwesend

---

[14]) S. 209.

[15]) So Endemann Bd. 1 S. 309; Matthiaß S. 184; Crome S. 391 Enneccerus Bd. 1 S. 125 ff.; Isay S. 62 ff.; Ringler § 116 III.

[16]) S 99.

zwei Personen, wenn sie durch eine verschlossene Tür sich sprechen, aber nicht sehen können. Oder müssen sie innerhalb des Stimmbereiches sein? Danach sind nicht anwesend Personen, die sich wohl sehen und durch Zeichen und Winke unmittelbar verständigen, aber wegen räumlicher Entfernung mit der Sprache nicht erreichen können, z. B. zwei Kaufleute auf der Börse, an benachbarten Ständen, denen der dort herrschende Lärm eine sofortige Verständigung nicht durch Worte, sondern nur durch Zeichen ermöglicht.

Hölder[1]) meint, eine Willenserklärung sei in Abwesenheit des Empfängers abgegeben,

> „wenn sie nach dem Willen ihres Urhebers zur Kenntnis ihres Empfängers erst gelangen soll durch einen ihrer Abgabe nachfolgenden Vorgang".

Ist das richtig, so liegt eine Willenserklärung an einen Abwesenden vor, wenn A dem vor ihm stehenden B in einem verschlossenen Brief ein Kaufangebot überreicht. Zitelmann[2]) hält zwei Personen dann für anwesend,

> „wenn die eine in der Lage ist, ihre Erklärungen zur sofortigen, d. h. ohne zeitraubende Zwischenglieder erfolgenden Kenntnis der anderen zu bringen".

Dieser Definition glaubt Kunstmann[3]) unbedenklich zustimmen zu dürfen. Wir können sie jedoch nicht zutreffend erachten. Der Grund mag an folgendem Beispiel gezeigt werden. Ich bringe einen an meinen Geschäftsfreund A in X gerichteten Brief zur Post, in dem ich ihm die Annahme seines Kaufangebotes mitteile. Auf der Post treffe ich den A zufällig und werfe nun in seinem Beisein den Brief ohne sein Wissen in den Kasten. Hier sind beide Parteien anwesend, und doch wird man die Frage, ob eine Willenserklärung an einen Anwesenden vorliegt, verneinen müssen.

Die Zitelmannsche Definition ist eben praktisch nicht verwertbar. Einmal wegen der Formulierung. Es ist hier nicht

---

[1]) § 130 Anm. 2.
[2]) S. 109.
[3]) S. 39.

zu bestimmen, wann Personen anwesend sind, sondern wann eine Willenserklärung „einem Anwesenden gegenüber abgegeben ist". Auch der Erklärungswille muß gerichtet sein auf eine alsbaldige Verständigung ohne zeitraubende Zwischenglieder. Ferner aber genügt unseres Erachtens nicht, daß die Partei „in der Lage ist, die Erklärung zur sofortigen Kenntnis zu bringen". Vielmehr ist nötig, daß diese Möglichkeit für das gewählte „Erklärungsmittel" besteht, wie das gewählte Beispiel zeigen dürfte.

Wir würden deshalb folgendermaßen formulieren:

> „Eine Willenserklärung ist einem Anwesenden gegenüber abgegeben, wenn der Erklärende in der Lage ist, seine Erklärung vermittels des gewählten Erklärungsmittels zur sofortigen, d. h. ohne zeitraubende Zwischenglieder erfolgenden Kenntnis des anderen zu bringen".

Diese Formel dürfte den Anforderungen entsprechen.

§ 3.

Heiß umstritten ist nun die Frage nach der rechtlichen Natur der Willenserklärung durch Boten. Als herrschende Ansicht kann wohl die bezeichnet werden, die mit Planck,[1] Oertmann,[2] Fleck,[3] Düringer-Hachenburg,[4] Falkmann[5] u. a. diese Willenserklärung zu denen an Anwesende zählt. Aber auch die Gegenansicht hat nicht minder zahlreiche Vertreter.[6]

Die Entscheidung hängt ab von der Beantwortung der weiteren Frage, ob die Willenserklärung schon vollendet ist mit der Mitteilung an den Boten oder erst mit der durch den Boten an den Adressaten. Hinsichtlich der Willenserklärung mittels Schriftstückes dürfte sich wohl keine Meinungsverschiedenheit ergeben. Liegen hier doch die tatsächlichen Verhältnisse nicht

---

[1]) § 130 Nr. 4.
[2]) Im Recht 1901 S. 26.
[3]) S. 411.
[4]) Bd. 2 S. 26.
[5]) § 120; so auch OLG. Kiel, Rechtspr. Bd. 8 S. 27.
[6]) So Koppers S. 23; Breit S. 32.

anders, als wenn ich den Brief der Post als meinem Boten zur Bestellung übergebe. Aber wie bei den mündlichen Willenserklärungen?

Breit hält diese Kontroverse für unlösbar, da die ganze Fragestellung hier falsch sei. Gegner und Bote seien anwesend, insoweit sei die Erklärung als eine solche an einen Anwesenden zu behandeln: physisch sei es eine Erklärung unter Anwesenden. Dagegen seien Gegner und eigentlicher Urheber der Erklärung jedenfalls dann, wenn sie außerhalb Hör- und Gesichtsweite seien, abwesend und insofern unterliege der Vorgang den Grundsätzen über Erklärungen an Abwesende.

Uns scheint diese Frage keineswegs unlösbar, vielmehr tragen wir kein Bedenken, die mündliche Willenserklärung durch Boten zu den Willenserklärungen zu zählen, die einem Abwesenden gegenüber abgegeben werden, bei denen also die Abgabe schon mit der Mitteilung an den Boten erfolgt. Aus folgenden Gründen:

Zwischen den mündlichen und schriftlichen Willenserklärungen durch Boten besteht ein Unterschied insofern, als nur bei den schriftlichen die Möglichkeit auch nachträglicher Kenntnisnahme besteht, und daß diese das sicherere Erklärungsmittel sind, da ich bei jenen als Absender nicht nur die Gefahr der Nichtübermittlung, sondern auch die der Nichtrichtigübermittlung trage. Andererseits kann aber nicht geleugnet werden die große Wesensgleichheit unter ihnen. Bei beiden ist nach Aushändigung des Schriftstückes bezw. nach Abgabe der Erklärung an den Boten dieser nur ein Werkzeug des Erklärenden, sein Erklärungsmittel. In beiden Fällen wird nach der Absendung die Willenserklärung wirksam ohne mein Zutun durch das Funktionieren dieses Erklärungsmittels. Geschieht dies bei mündlichen Willenserklärungen mit anderem Inhalt, als er dem Boten mitgeteilt war, so geschieht es doch ohne mein Wissen und meinen Willen.

Für unsere Ansicht spricht weiter die Vorschrift des § 130 Abs. 2. Stirbt der Erklärende nach Absendung des Boten, so ist bei schriftlichen Willenserklärungen als Willenserklärungen Abwesenden gegenüber der Tod auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluß. Dasselbe wird man billigerweise auch

für die mündlichen Willenserklärungen durch Boten fordern. Ist aber die Willenserklärung erst mit der Übermittlung durch den Boten an den Adressaten abgegeben und erst damit vollendet, wie die gegnerische Ansicht behauptet, so ist beim Tode des Absenders vor diesem Zeitpunkt die Erklärung unwirksam, weil es an dem Haupterfordernis, dem Erklärenden, fehlte.

Ferner steht unserer Ansicht zur Seite die Bestimmung des § 147. Wäre die mündliche Willenserklärung durch Boten eine Willenserklärung an Anwesende, so könnte bei einem Vertragsantrage die Annahme nur sofort erfolgen nach Abs. 1. Das ist aber tatsächlich unmöglich, da ein Bote nicht Vertreter ist und daher die Annahme erst wirksam werden kann frühestens mit dem Zugange beim Gegner. Das empfindet auch Fleck,[7]) der im übrigen Gegner unserer Ansicht ist. Deswegen hält er den Vertrag, der auf diese Weise zustande kommt, für einen unter Abwesenden geschlossenen; denn die Annahmeerklärung sei einem Abwesenden gegenüber abgegeben. Nun sind doch zweifellos beide Erklärungen, Angebot und Annahme, wesensgleich. Streng genommen wäre es das Entsprechende, wenn ich nach Anhören des Vertragsantrages meinen Boten mit der Annahmeerklärung an den Gegner schickte. Und so ist es auch tatsächlich, wenn ich dem Überbringer meinen Willen erkläre. Die Botenqualität desselben erlischt in dem Augenblick, in dem er den Antrag erklärt hat. Erkläre ich ihm meinen Willen, so wird er mein Bote. Beide Willenserklärungen sind also entweder einem Abwesenden gegenüber gemacht oder einem Anwesenden, ein Unterschied besteht nicht. Für sie ist unserer Ansicht nach der Abs. 2 des § 147 anzuwenden.

Endlich spricht für unsere Ansicht entscheidend der § 120 nach Inhalt und Wortlaut, und mit Unrecht verwertet Oertmann[8]) diese Bestimmung für die gegenteilige Ansicht. Er meint, wenn die Erklärung bereits vollendet sei mit der Abgabe an den Boten, so gehöre die Anfechtung einer durch den Boten unrichtig übermittelten Erklärung „streng genommen“ nicht in

---

[7]) S. 411 ff.

[8]) Anm. 2 zu § 120.

den Zusammenhang des Irrtums, sondern zum Dissens (§§ 154, 155 BGB.), da die beiden abgegebenen, für sich vollendeten Erklärungen als solche nicht übereinstimmten, während jede von ihnen dem Geschäftswillen des Urhebers entspreche. Daher müsse man die Übermittlung als Bestandteil der Erklärung des Urhebers auffassen, da nach der anderen Ansicht nicht Anfechtbarkeit, sondern Ungültigkeit die Folge wäre. Die Anfechtbarkeit nach § 120, die Gleichbehandlung mit dem Irrtum (§ 119) könne allein auf der Anschauung beruhen, daß hier nur die eine der miteinander nicht übereinstimmenden Erklärungen nicht von dem wahren Willen ihres Urhebers getragen werde.

Diesen Ausführungen können wir nicht zustimmen. Es muß entschieden bestritten werden, daß hier zwei selbständige Willenserklärungen, zwei Urheber mit selbständigem Geschäftswillen vorhanden sind. Es gibt nur eine Willenserklärung, einen Geschäftswillen eines Urhebers, der für die Willenserklärung maßgebend ist. Der Bote ist lediglich Erklärungsmittel, wie es die Post, das Telephon auch ist. Daß er als Mensch willensfähig ist, hindert nicht, daß er als Bote ein Werkzeug ist ohne rechtsgeschäftlichen Willen.

Auch der Schluß aus der Gleichbehandlung mit dem Irrtum nach § 119 erscheint uns verfehlt. Vielmehr schließen wir folgendermaßen: Wäre die Erklärung erst vollendet mit der Übermittlung durch den Boten, so wäre die Bestimmung des § 120 überflüssig; denn da der wahre Wille des Urhebers bei der Abgabe nicht richtig zum Ausdruck kommt, ist Anfechtbarkeit gegeben aus § 119. Eben weil aber die Abgabe schon mit der Mitteilung an den Boten erfolgt und deswegen dieser Tatbestand nicht unter § 119 fällt, andererseits weil die Billigkeit einen gleichen Schutz des Erklärenden gegen Fehler der Übermittlungsorgane forderte, wurde der § 120 geschaffen.

Auch stützt unsere Ansicht der Wortlaut des § 120. Er stellt gleich die zur Übermittlung verwendete „Person oder Anstalt". Die Vorarbeiten[9]) lassen keinen Zweifel darüber, daß man mit letzterer hauptsächlich die Fälle der unrichtigen Über-

[9]) Denkschr. z. Entw. eines BGB. S. 19.

mittlung von Telegrammen im Auge hatte (man denke nur an die Fälle Weiller-Oppenheim, Wallfried-Löwenberg). Bei ihnen ist doch zweifellos die Erklärung vollendet mit der Abgabe der Telegrammurschrift auf dem Amt. Ihnen wird unmittelbar gleichgestellt der Fall der mündlichen Übermittlung durch den Boten. Und § 120 spricht von der „Übermittlung der Erklärung". Übermittelt werden kann nur etwas Vollendetes. Ausdrücklich stellt die Vorschrift die Fälle der „unrichtigen Übermittlung" den „unrichtig abgegebenen Willenserklärungen nach § 119" gegenüber. Deutlicher noch sprechen dies die Motive[10]) aus. Die Willenserklärung kann nach ihnen aus § 120 dann angefochten werden,

> „wenn der Erklärende bei Kenntnis der unrichtigen Übermittlung und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung so, wie sie übermittelt worden ist, nicht abgegeben haben würde".

§ 4.

Gilt nun der § 130 für alle empfangsbedürftigen Willenserklärungen? Seinem Wortlaut nach bestimmt er nur das Wirksamwerden derjenigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen, die einem andern gegenüber in dessen Abwesenheit abgegeben werden. In den weitaus meisten Fällen werden dies Willenserklärungen sein, die in Form eines Schriftstückes dem Adressaten übersandt werden. Wir wollen deshalb unsere Ausführungen zunächst auf diesen Regelfall beschränken.

Sind solche Willenserklärungen in dem vorhin dargelegten Sinne vollendet, also auch an den Gegner gerichtet abgegeben, so bedarf es zu ihrem Wirksamwerden noch, „daß sie ihm zugehen". Daß damit das Gesetz sich auf den Boden der Empfangstheorie gestellt hat, unterliegt keinem Zweifel. Es steht daher in direktem Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes die Ansicht Engelmanns,[1]) nach der Zugehen bedeutet „zur Kenntnis

---

[10]) S. 127.
[1]) S. 277.

kommen". Ausdrücklich sagen die Motive[2]) und Protokolle,[3]) daß im Gegensatz zu der bisher geltenden Vernehmungstheorie die Empfangstheorie gelten solle.

Zu diesem Resultat haben den Gesetzgeber lediglich praktische Erwägungen geführt. Regelsberger[4]) meint, die Entscheidung ergebe sich aus dem Begriff der Antwort, nach Enneccerus[5]) ist der Wille des Antragstellers, der sich erst mit der Ankunft der Antwort binden wolle, das Entscheidende gewesen. Beide Begründungen treffen nur zu für einen Fall der empfangsbedürftigen Willenserklärung, der Annahme eines Vertragsangebotes, und sind deshalb keine ausreichende Begründung.[6])

Beider, des Absenders und Adressaten, widerstrebende Interessen hatte der Gesetzgeber zu beachten. Dem Absender muß daran liegen, einmal möglichst lange über seine Willenserklärung verfügen, also widerrufen zu können, andererseits die Gefahr des Verlustes möglichst kurze Zeit tragen zu müssen und ebenso die Willenserklärung möglichst schnell zur Wirksamkeit zu bringen. Diesen schon miteinander kollidierenden Interessen steht des Adressaten Interesse gegenüber, die Gefahr nicht früher tragen zu müssen, als bis er Kenntnis von der Erklärung erlangt hat. Diesen Ansprüchen galt es gerecht zu werden.

Tatsächlich gibt uns nun der § 130 mit dem „Zugehen" eine sichere Auskunft über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens nicht. Auch die Motive äußern sich über die Bedeutung des „Zugehens" nicht; sie stellen nur fest, daß es des Vernehmens der Erklärung nicht bedarf. Damit kommen wir aber nur zu folgendem Ergebnis: Abgabe durch den Erklärenden muß erfolgt sein, Kenntnisnahme durch den Adressaten ist nicht erforderlich. Wo liegt in dem weiteren Gebiet zwischen diesen Grenzen der Zeitpunkt, der der Willenserklärung Wirksamkeit verleiht.

---

[2]) Bd. 1 S. 157.
[3]) Bd. 1 S. 69.
[4]) Pand. Bd. 1 S. 533.
[5]) Das bürgerl. R. Bd. 1 S. 168.
[6]) So auch F. Leonhard in Jherings Jahrb. Bd. 41.

§ 5.

Zweifellos muß nach dem bisher Gesagten die Erklärung dem Adressaten gegenüber in eine Lage gebracht sein, in der er von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann. Diese Lage gilt es nach Möglichkeit scharf zu begrenzen. Planck[1]) erachtet für den Zugang erforderlich,

> „daß die Erklärung in eine solche Lage gebracht wird, welche nach der Auffassung des Verkehrs genügt, um dem Adressaten die Möglichkeit zu gewähren, unter gewöhnlichen Verhältnissen von der Erklärung Kenntnis zu nehmen".

Dieselben Erfordernisse stellt Riezler[2]) auf, wenn er eine Willenserklärung dann zugegangen sein läßt,

> „wenn alle Umstände verwirklicht sind, welche die empirisch begründete Möglichkeit einer Wahrnehmung durch den Adressaten darstellen".

Ebenso laufen die von der Mehrheit der Autoren[3]) gegebenen Definitionen in der Hauptsache darauf hinaus, daß die Erklärung in dem Augenblicke zugegangen sei, in dem der Empfänger

> „unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme erwirbt".

Diese Definitionen sind insofern wohl zu billigen, als sie den gesetzgeberischen Gedanken, der der Empfangstheorie zugrunde liegt, richtig wiedergeben. Zwischen Abgabe der Erklärung und Kenntnisnahme durch den Adressaten liegt der Augenblick, in dem der Adressat in die Möglichkeit gesetzt wird, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen, z. B. der Zeitpunkt, wo ihm das Schriftstück ausgehändigt wird. Es ist billig, daß in diesem Augenblick der Absender die Verfügungsgewalt verliert, daß ihm damit auch die Gefahrstragung abgenommen und dem Adressaten aufgebürdet wird.

---

[1]) § 130 Anm. 2.

[2]) Vorbem. III § 116.

[3]) Dernburg Bd. 1 S. 399; Endemann Bd. 1 S. 311; Cosack Bd. 1 S. 180; Matthiaß Bd. 1 S. 185; Crome Bd. 1 S. 180; Isay S. 91; s. auch RG. Bd. 50 S. 194.

Leugnen läßt sich nun freilich nicht, daß alle diese Definitionen eine scharfe Begrenzung des Zugehens doch nicht immer ermöglichen. Das empfindet auch Fritze.[4]) Nach ihm ist eine Willenserklärung dann zugegangen, wenn ein sinnlich, besonders mit Auge und Ohr, wahrnehmbarer Eindruck von ihr in die äußere Machtsphäre des Destinatärs gelangt ist, d. h. in den Bereich seiner eigenen Sinne oder in den Kreis der Personen oder Sachen, welche die nähere Umgebung und die Basis seiner Lebensführung bilden. Auch diese Definition hat ihre starken Bedenken. Sollen alle Personen der Umgebung zum Empfange berechtigt sein, also auch Unmündige? Sollen nur solche Personen ermächtigt sein? Was ist „nähere Umgebung"? Diese Fragen harren auch einer Lösung.

Einen besonderen Weg hat hier Titze[5]) eingeschlagen. Die zur Klarstellung des Zugehens gegebenen Begriffe „Möglichkeit der Kenntnisnahme", „Herrschaftsbereich", „Machtbereich" bedürfen seines Erachtens einer weiteren Erläuterung, da sie kein „juristisches Moment" enthalten. Der an ihre Stelle zu setzende juristische Ausdruck sei „Erwerb der tatsächlichen Gewalt über das die Willenserklärung enthaltende Schriftstück". Seine Definition lautet dementsprechend:

> „Zugegangen ist eine Willenserklärung in dem Moment, wo das sie enthaltende Schriftstück dergestalt in den Besitz des Adressaten gelangt ist, daß dieser unter normalen Verhältnissen ohne weiteres von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann".

Die Brauchbarkeit dieser Regel prüft dann Titze in seinen Ausführungen an oft recht glücklichen Beispielen.

Die Mehrheit in der Literatur freilich will von einer solchen Verwertung des Besitzbegriffes nichts wissen, während ihr andererseits das Reichsgericht in seiner Entscheidung v. 8. 2. 1902 (Bd. 50 S. 194) sehr nahe kommt:

---

[4]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 14 S. 214.

[5]) Jherings Jahrb. Bd. 47 S. 379ff.; so auch Kuhlenbeck Bd. 1 S. 318; Thiele S. 136.

„Wählt jemand für die Mitteilung des Vertragsangebotes das Mittel eines verschlossenen Briefes, so ist richtiger Ansicht nach das Angebot dem Adressaten schon zugegangen im Sinne des § 130 BGB., sobald der Brief in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Adressaten oder eines andern, der ihn in der Empfangnahme von Briefen vertreten konnte, gelangt und ihm in dieser Weise die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft ist".

Hölder[6]) meint, der Besitzbegriff sei für das Zugehen nicht zu verwerten. Der ohne mein Wissen und meinen Willen in meine Rocktasche gelangte Brief sei zwar in meinen Besitz gekommen, aber mir zweifellos nicht zugegangen. Nicht auf meinen Besitz komme es daher an, sondern auf die mir gebotene Gelegenheit der Kenntnisnahme.

Diese Einwendung ist unbegründet. Denn Titze versteht nicht unter „Zugehen" den Besitzerwerb am Schriftstück allein, sondern einen Besitzerwerb derart, daß er die Kenntnisnahme der darin enthaltenen Willenserklärung unter normalen Verhältnissen ermöglicht. Das ist aber nicht möglich bei einem ohne mein Wissen und meinen Willen in meine Tasche gelangten Briefe, der daher auch nach Titzes Lehre nicht zugegangen ist.

Nicht anders liegt der Fall, daß ein Kaufmann einem Kunden Waren in einer Kiste übersendet und auf den Boden einen Mahnbrief legt. Mit dem Besitzerwerb an der Kiste ist die Willenserklärung noch nicht zugegangen oder, richtiger gesagt, nur dann zugegangen, wenn der Absender aus irgendeinem Grunde zu der Annahme berechtigt war, die Kiste werde sofort geöffnet werden. Nur in diesem Falle lag schon beim Besitzerwerb die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter normalen Verhältnissen vor. Daher stehen auch Planck[7]) und Dernburg[8]) mit ihrer Ansicht keineswegs im Widerspruch zu Titze, wenn

---

[6]) S. 292; ebenso R. Leonhard, Allgem. Teil S. 292; Fr. Leonhard in Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 36ff.

[7]) S. 234.

[8]) S. 398.

sie meinen, der Besitzerwerb durch den Adressaten sei nicht entscheidend, weil nicht in jedem Falle ausreichend.

Allgemein ist man in der Literatur darüber einig, daß eine Willenserklärung dann zugegangen ist, wenn das Schriftstück in der Wohnung des Adressaten ordnungsgemäß abgegeben ist, gleichgültig ob subjektive Gründe, wie augenblickliche Abwesenheit, Krankheit, Schlaf, Trunkenheit, oder ähnliche Gründe tatsächlich die sofortige Kenntnisnahme vereiteln. Die durch die Post übermittelten Schriftstücke werden in der Regel, falls nicht persönliche Abgabe erfolgt, in den dazu bestimmten Briefkasten oder einen auffallenden Platz, einen Tisch oder Spiegel auf dem Hausflur, gelegt werden. Wann in einzelnen Sonderfällen in der geforderten Art Besitz erworben, wird sich nie einmütig feststellen lassen. Mit der herrschenden Ansicht wird man nicht zugegangen erachten einen Brief, den der Absender in das offene Fenster wirft und den der Adressat, ohne zu wissen, was es ist, in seinen Papierkorb wirft.

Von einem Zugange wird man nicht reden können, wenn der Brief an die Türklinke oder das Gartengitter gebunden ist. Mag hier auch Besitz erworben sein, so fehlt doch zweifellos die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme. Geht dem Adressaten also vor der Kenntnisnahme ein Widerruf ordnungsmäßig zu, so wird dieser wirksam, es sei denn, daß der Adressat vorher das Schriftstück bemerkt und, wohl ahnend, was es enthalte, es absichtlich ungelesen gelassen hat.[9])

Im einzelnen gehen hier die Ansichten in der Literatur weit auseinander, teilweise widersprechen sie sich bei demselben Autor. So erachtet Kunstmann (S. 57) eine Willenserklärung dann für nicht zugegangen, wenn der Adressat das Schreiben annimmt, aber, nachdem er gesehen, von wem es komme, sofort uneröffnet wieder zurückgibt. Besitz sei hier nicht erworben, obwohl ja nach Bürgerlichem Gesetzbuch der Wille, Besitzer zu werden, nicht mehr erforderlich sei. Dagegen meint er, hier im Gegensatz zu Dernburg,[10]) auf S. 62:

---

[9]) Anders offenbar RGE. v. 29. 3. 1905.

[10]) Bd. 1 S. 399.

„In dem Momente, wo jemand das an ihn gerichtete Schreiben in Händen hält, sind die Merkmale des Zugehens, die ausschließlich nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen sind, gegeben".

Unseres Erachtens ist die Entscheidung auf S. 57 bei Kunstmann richtig, nur die Begründung ist falsch. Besitz ist unzweifelhaft erworben, aber kein Besitz, der die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme gestattet.

Nun meint Hölder,[11]) wenn A der Verabredung gemäß das offene Schriftstück an einem dritten Ort niederlege, könne es doch der Adressat lesen und liegen lassen, also Kenntnis nehmen, ohne Besitz zu erwerben. Dem ist freilich zuzustimmen, aber ohne Beeinträchtigung der Lehre Titzes. Denn offenbar ist Titzes Regel nur für die Fälle berechnet, in denen das Schriftstück aus der Verfügungsgewalt des Erklärenden in die des Adressaten übergeht oder übergehen muß, will er von seinem Inhalt Kenntnis erhalten. Auf die Fälle, in denen dies nicht nötig ist, werden wir weiter unten zu sprechen kommen.

Wie ist aber die Rechtslage, wenn ich das Schriftstück in der Wohnung des Adressaten nicht in den Briefkasten werfe, sondern einer im Hause beschäftigten Person übergebe? Ist mit der Übergabe der Zugang bewirkt? Titze bejaht diese Frage in weitestem Umfange unter Verwendung des § 855.[12]) Er sieht als Besitzdiener nicht nur Dienstboten oder Familienangehörige an, sondern auch Nachmittagsbesuch und vorübergehend im Hause beschäftigte Handwerker. Dieser Ansicht ist keineswegs beizustimmen. Denn die zuletzt genannten Personen stehen zweifellos zum Adressaten in keiner der in § 855 genannten Beziehungen und sind deswegen, wie F. Leonhard[13])

---

[11]) Theorie der Willenserklärung S. 94/95.

[12]) § 855: Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen aus in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.

[13]) S. 37.

zutreffend bemerkt, nicht als Besitzdiener, sondern als Besitzer zu betrachten.

Endlich muß Endemann[14]) zugestimmt werden, wenn er behauptet, daß durch die „normale Möglichkeit der Kenntnisnahme als zweites Erfordernis“ die von Titze an den früheren Definitionen getadelte Unsicherheit doch nicht aus der Welt geschafft ist.[15]) Aber wesentlich eingeschränkt ist sie doch immerhin, und damit ist schon viel gewonnen.

§ 6.

Auffallend wirkt bei der Titzeschen Definition sofort, daß die Grenzen der Untersuchung offenbar zu eng gezogen sind.[1]) Titze will eine Norm aufstellen für den Zeitpunkt des Zugehens empfangsbedürftiger „schriftlicher“ Willenserklärungen, beschränkt seine Untersuchung tatsächlich aber auf die Fälle, in denen die Wirksamkeit eintritt durch den Zugang eines die Willenserklärung enthaltenden Schriftstückes. Nun gehören aber zu den Fällen der schriftlichen Willenserklärungen auch diejenigen, in denen das Schriftstück dem Empfänger nicht ausgehändigt, sondern nur zur Einsicht vorgelegt wird, also Fälle, in denen dem Adressaten regelmäßig die nachträgliche Kenntnisnahme des Inhaltes nicht möglich ist, in denen er andererseits von dem Inhalt Kenntnis nimmt oder doch nehmen kann, ohne an dem Schriftstück Besitz zu erwerben. Hölder[2]) wählt als Beispiel, daß ich mit einem andern verabredet habe, er solle das seine Willenserklärung enthaltende offene Schriftstück an einem von mir nicht beherrschten Ort niederlegen.

Und zugleich in diese Untersuchung ziehen können wir die Fälle der mündlichen Willenserklärungen durch Boten, die, wie oben dargelegt, unseres Erachtens ebenfalls zu den Willenserklärungen an Abwesende gehören.

Was gilt für diese Willenserklärungen? Am Schriftstück

---

[14]) S. 361.

[15]) So auch Hölder S. 95.

[1]) So auch Hölder S. 93ff.

[2]) S. 94/95.

wird keine tatsächliche Gewalt erworben, bei den mündlichen fehlt es überhaupt an einer Verkörperung. Sprachlich ließe sich hier wohl der Ausdruck „geistiger Besitzerwerb an der Erklärung selbst“ rechtfertigen. Aber das ist einmal kein juristisch verwertbarer Begriff — Besitz wird erworben nach § 854 durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, ist also hier nicht denkbar —, andererseits ist es tatsächlich doch nichts anderes als „Kenntnis nehmen“, und das wird eben nicht gefordert.

Eine Reihe von Autoren stellen überhaupt die Möglichkeit in Abrede, hier von einem Zugehen sprechen zu können, so besonders Oertmann[3]) und Breit.[4]) Zugehen kann nach ihnen nur

> „etwas sinnlich Wahrnehmbares, real Vorhandenes, mit andern Worten, nicht die Erklärung als Akt, sondern die Verkörperung der Erklärung durch Schriftzeichen oder sonstige Beurkundungsmittel“.

Ebenso hält Breit ein Zugehen da für unmöglich, wo kein Besitzerwerb an der Verkörperung der Erklärung, der Urkunde, möglich ist. Wenn sich daher der Erklärende der Urkunde nicht entäußere, sondern sie nur vorzeige, so würde die Erklärung zwar auch wirksam, aber nicht, weil sie zugegangen, sondern weil sie vernommen sei.[5]) Ist diese Ansicht richtig, dann ist die Titzesche Regel keineswegs zu eng begrenzt, vielmehr ist sie die allein richtige, während alle übrigen über die ihnen gesteckten Grenzen hinausgehen und die Fälle mitumfassen, in denen tatsächlich von einem Zugehen nicht die Rede sein kann.

Die Willenserklärung mittels eines nur zur Einsichtnahme vorgehaltenen Schriftstückes werde, so führt Breit aus, abgesehen von den hier auszunehmenden Fällen der absichtlichen Vereitlung der Kenntnisnahme durch den Adressaten, nur wirksam, wenn sie wahrgenommen würde. Sie sei also nicht zugangs-, sondern wahrnehmungsbedürftig.[6])

---

[3]) Oertmann im Recht 1906 S. 726.
[4]) S. 553.
[5]) S. 657.
[6]) S. 657.

Dem ist entschieden zu widersprechen. Einmal kommen auch die Fälle in Betracht, in denen keine dolose, sondern fahrlässige oder gar nicht einmal schuldhafte Unterlassung der Kenntnisnahme vorliegt, z. B. der Adressat vermutet einen ganz anderen unwichtigen Inhalt und unterläßt die Kenntnisnahme, da er sehr große Eile hat. Billig ist, daß hier trotzdem Wirksamkeit eintritt. Nach Breit müßte das Gegenteil der Fall sein. Weiter aber steht die Breitsche Auslegung im offenen Widerspruch zu dem Wortlaut des § 130. Dieser verlangt für die Wirksamkeit einer Willenserklärung, die einem anderen gegenüber in dessen Abwesenheit abgegeben wird, daß sie ihm zugeht. Eine solche Willenserklärung liegt aber vor, wenn ich meinen Diener mit dem Schriftstück zum Adressaten zur Einsichtnahme sende.

Endlich spricht der § 130 selbst vom Zugehen der Willenserklärung, nicht dem der Verkörperung derselben.

Der Besitzbegriff ist also, wie festgestellt, bei diesen Willenserklärungen an Abwesende nicht zu verwerten. Wir müssen hier deshalb zu den obengenannten Definitionen zurückkehren. In dem eben angeführten Beispiel, daß mein Diener dem Adressaten das Schriftstück zur Einsichtnahme vorhält, dieser aber die Kenntnisnahme unterläßt, ist die Erklärung zweifellos wirksam geworden. Deswegen, weil sie in den Wahrnehmungsbereich des Adressaten gelangt ist derart, daß dieser unter normalen Verhältnissen von ihr Kenntnis nehmen konnte.

Breit[7]) meint, es handle sich hier bei der für die verschiedenen Arten der Willenserklärungen angenommenen Bezeichnung „Zugang“ oder „Empfang“ nur um eine aus Bequemlichkeit gemachte Vereinfachung, während sich tatsächlich unter diesem gemeinsamen Namen grundverschiedene Begriffe verbergen.

Wir sind hierüber anderer Ansicht. Gewiß! Die Erfordernisse für den „Zugang“ sind nicht immer die gleichen. Sind schon unter den Willenserklärungen, bei denen das Schriftstück ausgehändigt wird, im einzelnen die Verhältnisse verschieden,

---

[7]) S. 618.

so ist dies naturgemäß in höherem Grade der Fall in ihrem Verhältnis zu denjenigen Willenserklärungen, bei denen eine nachträgliche Kenntnisnahme nach der Abgabe unmöglich ist. Ist aber der „Wahrnehmungsbereich“ und die „normale Möglichkeit der Kenntnisnahme“ hier wesentlich anders als bei den obengenannten schriftlichen Willenserklärungen, so ist darum ein Zugehen noch nicht schlechthin unmöglich. Ein Schriftstück, in meinem Hause abgegeben, ist nach herrschender Ansicht in meinen Wahrnehmungsbereich gelangt. Nicht so eine mündlich durch meinen Boten übermittelte Erklärung. Gibt dieser die Erklärung auf dem Flur ab, während der Adressat sich noch in seinem Zimmer befindet, so ist die Willenserklärung nicht wirksam geworden, weil sie nicht in den Wahrnehmungsbereich des Adressaten gelangt ist im Augenblick der Abgabe. Dieser Zeitpunkt ist hier allein maßgebend.

Aber einmal abgesehen von den Fällen, in denen ich mich, wie hier, eines untauglichen Erklärungsmittels bediene! Gesetzt den Fall, ich sende meinen Boten mit der mündlichen Erklärung in die Wohnung des Adressaten. Mein Bote gibt die Erklärung dessen Ehefrau gegenüber ab, die nicht als Vertreterin des Mannes für derartige Erklärungen gelten kann. Können wir hier schon von einem Zugehen sprechen, sobald die Frau die Willenserklärung entgegennimmt? Der Besitzdienerbegriff ist hier, wie schon oben erwähnt, nicht zu verwerten. Die Frage muß verneint werden. Denn der Wahrnehmungsbereich ist nur da vorhanden, wo der Adressat in entsprechender Nähe und Lage ist, die Worte hören oder das vorgehaltene Schriftstück lesen zu können. Ob diese Möglichkeit im fremden oder im eigenen Hause oder auf der Straße gegeben ist, ist an sich gleichgültig. Wo sie aber fehlt, da ist auch kein Zugehen möglich.

§ 7.

Wann Willenserklärungen wirksam werden, die einem anderen gegenüber in dessen Anwesenheit abgegeben sind, sagt das Gesetz nirgends. Auch die Motive[1]) äußern sich nicht klar über

[1]) S. 156.

diesen Punkt. Das Stillschweigen der Gesetze begründen sie damit: „die Entscheidung ergebe sich in der Regel aus der Natur der Sache“, und meinen weiter:

> „eine Lösung der Zweifel, zu denen einzelne besonders geartete Fälle vielleicht Anlaß bieten möchten, sei nicht Aufgabe des Gesetzes“.

Nun ist ja zuzugeben, daß in der Mehrzahl der Fälle Meinungsverschiedenheiten nicht entstehen werden. Abgabe, Empfangen und Vernehmen der Erklärung gehen normalerweise so sehr ineinander über, daß eine Unterscheidung der einzelnen Phasen nicht möglich ist. Indessen zeigt doch ein Blick in die vorhandene Literatur, daß diese „besonders gearteten Fälle“ und die sich aus ihnen ergebenden Zweifel durchaus nicht so vereinzelt sind.

Planck[2]) meint, das Erfordernis der Richtung, d. h. daß die Willenserklärung einer bestimmten Person gegenüber abzugeben sei, bedinge die Anwendung der Vernehmungstheorie. Bei Willenserklärungen Abwesenden gegenüber könne sich der Erklärende von der Kenntnisnahme nicht vergewissern; das Verkehrsbedürfnis verlange deswegen, das Zugehen für genügend zu erachten. Unter Anwesenden liege dieses Bedürfnis nicht vor, da sich der Erklärende von der Kenntnisnahme sofort überzeugen könne. Aus welchem Grunde der Gegner die Erklärung nicht vernehme, sei gleichgültig, jedoch sei dem tatsächlichen Vernehmen gleichzuachten der Fall, daß der Gegner eine Willenserklärung nicht vernehmen wollte, die er hätte vernehmen können.

Ebenso hält Oertmann[3]) es für notwendig, bei Erklärungen an Anwesende die Empfangsbedürftigkeit durch die Vernehmungsbedürftigkeit zu ersetzen. Zu diesem Resultat kommt er, weil nach seiner Ansicht zugehen kann

> „nur etwas sinnlich Wahrnehmbares, real Vorhandenes, mit anderen Worten, nicht die Erklärung als Akt, sondern die Verkörperung der Erklärung durch Schriftzeichen oder sonstige Erklärungsmittel. Die mündliche

---

[2]) § 130 Anm. 2; ebenso Enneccerus Bd. 1 § 73; Rehbein S. 122.
[3]) Recht 1906 S. 726.

Erklärung ist aber dazu ihrer Natur nach völlig ungeeignet".

Auf der anderen Seite haben Matthiaß,[4]) Koppers,[5]) Staudinger[6]) und Isay[7]) mit anderen den § 130 auch auf die Erklärungen unter Anwesenden für anwendbar erklärt. Etwaige sich ergebende Abweichungen haben nach Staudinger ihren Grund in der Verschiedenheit der tatsächlichen Verhältnisse, nicht der Rechtsregeln. Wenn die Willenserklärung einem anwesenden Schlafenden nicht zugehen könne, so habe dies seinen Grund in der auch für Erklärungen gegenüber einem Abwesenden geltenden Regel, daß sich niemand bewußt eines untauglichen Erklärungsmittels bedienen dürfe. Auf demselben Standpunkt steht auch Joerges,[8]) der allerdings seine Untersuchungen auf die Verhinderung an der Abgabe der Willenserklärung mittels Fernsprechers beschränkt.

Der Planckschen Ansicht und ihrer Begründung können wir uns nicht anschließen. Die Schwierigkeiten, die die Anwendung der Vernehmungstheorie bietet, daß der Gegner sich dem Vernehmen entzieht, können nicht auf dem von Planck gewählten Wege beseitigt werden. Auf diesen Punkt werden wir noch weiter unten zurückkommen.

Wie wir aus den Ausführungen Oertmanns sehen, hat er hier gegen die Anwendung der Empfangstheorie dieselben Bedenken wie bei den mündlichen Willenserklärungen durch Boten und den durch Vorzeigen des Schriftstückes übermittelten. Das liegt in der Natur der Sache. Ob dem Adressaten das die Willenserklärung enthaltende Schriftstück von mir oder meinem Boten vorgehalten wird, ob er aus meinem oder meines Boten Munde meine Willenserklärung vernimmt, macht keinen Unterschied. Was für den einen Fall gilt, gilt auch für den anderen. Und ebenso liegt es, wenn ich selbst das Schriftstück aushändige und nicht mein Bote.

---

[4]) a. a. O.
[5]) a. a. O.
[6]) § 130 Anm. 3.
[7]) a. a. O.
[8]) S. 74—76.

Bei dieser Gleichheit der tatsächlichen Verhältnisse bestehen unseres Erachtens keine praktischen Bedenken gegen die Anwendung der Empfangstheorie. Das Gesetz hat eine ausdrückliche Vorschrift nicht gegeben für die Wirksamkeit der Willenserklärung Anwesenden gegenüber, vielmehr hat es die Entscheidung von zweifelhaften Fällen der Wissenschaft und Praxis überlassen. Eine Bestimmung über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens besteht nur für Willenserklärungen an Abwesende. Wir haben also zunächst die Anwendbarkeit der für diese gegebenen Empfangstheorie auf unsere Fälle zu prüfen. Kommen wir so zu praktischen Resultaten, so ist sie anzuwenden. Und die Resultate sind befriedigend. Das mag kurz an folgenden Beispielen gezeigt werden.

Daß bei schriftlichen Willenserklärungen es keinen Unterschied macht, ob ich oder mein Bote das Schriftstück aushändigt, ist unbestritten.

Wird das Schriftstück von dem Erklärenden zur Einsichtnahme dem Adressaten vorgehalten und unterläßt er schuldhaft die Kenntnisnahme, so wäre es unbillig, die Willenserklärung für unwirksam zu erklären.

Wenn A sich die Ohren zuhält oder aus einem anderen, in seiner Person liegenden Grunde die Erklärung nicht hört oder die verabredeten Zeichen nicht sieht, so ist es billig, daß trotzdem die abgegebene Willenserklärung wirksam wird.

Dasselbe gilt von Willenserklärungen, die mittels Telephon dem Gegner gegenüber abgegeben werden. Der Wortlaut des § 147 würde in analoger Anwendung sein: „Willenserklärungen, die mittels Fernsprechers von Person zu Person abgegeben werden, gelten als Willenserklärungen an Anwesende“. Von Person zu Person! Also nur, wenn der Erklärende mit dem Adressaten oder dessen Stellvertreter telephonisch verbunden ist. Befindet sich dagegen am Empfangsapparate eine dritte Person, die nicht Stellvertreter ist, so übernimmt diese als Bote die Übermittlung der Erklärung an den Adressaten (anders Hölder).[9])

[9]) Hölders Annahme, jeder im Hause des Adressaten am Telephon sich befindende Hausgenosse müsse als zur Entgegennahme der im gewöhnlichen Verkehr auf diesem Wege abgegebenen Willenserklärungen ermächtigt

In allen diesen genannten Fällen kommen wir also mit der Verwendung der Empfangstheorie zu durchaus billigen Resultaten. Daß sich hier nicht selten im Verhältnis zu den Willenserklärungen Abwesenden gegenüber einzelne Abweichungen ergeben, hat, wie schon oben bemerkt, seinen Grund in der Verschiedenheit der tatsächlichen Verhältnisse, nicht der Rechtsregeln. Wir haben oben das Zugehen definiert als „Möglichkeit der Kenntnahme unter normalen Verhältnissen“ und haben gesehen, daß hierbei augenblickliche Abwesenheit zu der Zeit, da die Erklärung in den Herrschaftsbereich des Adressaten gelangt, oder sonstige die sofortige Kenntnisnahme vereitelnde Zustände auf das Wirksamwerden der Erklärung ohne Einfluß sind. Die Verschiedenheit der tatsächlichen Verhältnisse verbietet wie oben bei den Willenserklärungen durch Vorzeigen des Schriftstückes auch hier, dies unmittelbar bei Willenserklärungen, die mündlich dem Anwesenden gegenüber abgegeben werden, anzuwenden. Treffe ich den Adressaten in seiner Wohnung nicht an, so kann ich, was kaum der Erwähnung bedarf, nicht eine Willenserklärung an einen Anwesenden dadurch vollziehen, daß ich die Erklärung innerhalb seiner vier Wände abgebe. Erkläre ich meinen Willen dem Dienstboten des Adressaten, so überbringt dieser die Erklärung entweder als Zeuge des stattgehabten Vorganges oder als mein Bote. Im ersten Falle ist die Willenserklärung überhaupt nicht wirksam geworden, im zweiten wird sie es erst mit der Ausrichtung an den Adressaten oder sobald dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme in dem oben im § 6 dargelegten Sinne hat. Ist der Adressat ohnmächtig oder schläft er, so kann ich ihm gegenüber nur schriftlich, nicht mündlich rechtswirksam eine Erklärung abgeben; denn das verhallende Wort hinterläßt keine Spuren und läßt auch die Möglichkeit einer späteren Kenntnisnahme nicht zu. Ebensowenig aber wie bei Willenserklärungen Abwesenden gegenüber darf ich mich hier eines untauglichen Erklärungsmittels bedienen.[10])

---

gelten, entbehrt jeder gesetzlichen Grundlage. Gewiß kann die Vertretungsbefugnis stillschweigend erteilt sein, aber dies in dem von Hölder vertretenen Umfange anzunehmen, ist man nicht berechtigt (DJZ. S. 152).

[10]) So auch Staudinger S. 383.

§ 8.

1. Das Resultat der bisherigen Untersuchungen ist also folgendes: Für diejenigen Willenserklärungen, bei welchen das sie enthaltende Schriftstück ausgehändigt wird, gleichgültig ob dies einem Anwesenden oder Abwesenden gegenüber geschieht, ist die Titzesche Formel zutreffend und wegen des in ihr enthaltenen juristischen Momentes allen anderen vorzuziehen. Für die übrigen Willenserklärungen ist sie nicht brauchbar, und keineswegs kann daher bei allen Willenserklärungen mittels Schriftstücks der Besitzerwerb an dem Schriftstück das Mindesterfordernis für das Zugehen der in ihm enthaltenen Erklärung sein. Diese Willenserklärungen sind dann zugegangen, wenn sie dergestalt in den Wahrnehmungsbereich des Adressaten gekommen sind, daß dieser unter normalen Verhältnissen von ihnen Kenntnis nehmen kann.

Wenn aber der Gesetzgeber meinte, mit der Bestimmung des § 130 eine den wesentlichen Bedürfnissen des Verkehrs genügende Regelung gefunden zu haben, so hat er sich getäuscht. Nach dem Wortlaut des Satzes ist die Willenserklärung nicht wirksam geworden, wenn ihr Zugehen von dem Adressaten auf irgendeine Weise vereitelt ist. Dieser Fall gewinnt noch an Bedeutung, wenn die Willenserklärung innerhalb einer engbegrenzten Frist abgegeben werden soll und auch rechtzeitig abgegeben wird, der rechtzeitige Zugang aber durch den Erklärungsgegner — absichtlich oder nicht — verhindert wird. Soll sich hier der Adressat auf die Verspätung erfolgreich berufen können? Unser Billigkeitsgefühl lehnt sich gegen eine derartige Rechtskonsequenz energisch auf. Aber das allein kann uns noch nicht zu einem anderen Resultate führen. Hierzu ist notwendig eine Gesetzesvorschrift, die in direkter oder analoger Anwendung uns eine Handhabe bietet, eine diesem Billigkeitsgefühl entsprechende Lösung zu finden.

Crome,[1]) Endemann[2]) und andere haben hier den Adressaten auf Schadensersatz haften lassen wollen, soweit ihm Vorsatz und Fahrlässigkeit zur Last fällt, und hiermit eine befriedigende

[1]) Bd. 1 S. 394 Anm. 19.

[2]) Bd. 1 S. 314 Anm. 23.

Lösung gefunden zu haben geglaubt. Doch dürfte es ersichtlich sein, daß ein Ersatz des entstandenen Schadens in den wenigsten Fällen die geschädigte Partei befriedigen wird; vielmehr wird ihr in der Regel daran liegen, den beabsichtigten Erfolg trotz versuchter Vereitlung herbeiführen zu können. Ob dies in der vorher angedeuteten Weise möglich ist, werden wir in den folgenden Ausführungen untersuchen.

2. Die unserer Untersuchung zugrunde liegende Frage ist in den letzten Jahren vielfach in der Literatur erörtert worden. Das Verdienst, sie zunächst einer eingehenden Prüfung unterzogen zu haben, gebührt Habicht. Allerdings haben seine Ausführungen keinen Beifall gefunden, und auch wir können ihnen nicht zustimmen.

Habicht[3]) legt sich die Frage vor, was Rechtens ist,

> „wenn jemand zur Entgegennahme einer Erklärung verpflichtet ist, aber die Abgabe dieser Erklärung an ihn durch Umstände verhindert wird, die in seiner Person liegen".

Hierbei unterscheidet er die Fälle, daß die Abgabe oder Entgegennahme der Erklärung vereitelt wird

1. absichtlich,

2. durch sonstige Umstände, die in der Person des zur Entgegennahme Verpflichteten liegen.

Im Falle der absichtlichen Vereitlung will Habicht den § 162 BGB. direkt angewendet wissen, nach welchem eine Bedingung als eingetreten gilt, wenn der Eintritt von der Partei, der er zum Nachteil gereichen würde, wider Treu und Glauben vereitelt wird. Jede im Vertrage oder Vertragsantrage enthaltene Bestimmung, so führt Habicht aus, durch die dem Gegner für die Ausübung eines Rechtes eine Frist gesetzt sei, kennzeichne sich, richtig aufgefaßt, als eine Bedingung, von der jenes Recht abhänge. Ein absichtliches Vereiteln der Ausübung dieses Rechtes verstoße wider Treu und Glauben. In einem solchen Falle gelte nach § 162 die Bedingung als eingetreten, die Willenserklärung also als rechtzeitig abgegeben.

Könne man sich aber zu einer direkten Anwendung des

[3]) DJZ. 1901 S. 112.

§ 162 nicht entschließen, so rechtfertige sich jedenfalls dessen analoge Anwendung.

Diese Regeln müßten auch dann Geltung haben, wenn Abgabe oder Empfang der Willenserklärung durch Umstände verhindert seien, die in der Person des zur Entgegennahme Verpflichteten lägen. Denn es sei mit dem Rechtsbewußtsein unvereinbar, den Erklärenden die Folgen tragen zu lassen, die durch Verschulden des Gegners oder durch Zufall aus seinem Verhalten entstanden seien.

Diese Ausführungen werden in der Literatur lebhaft bekämpft.[4]) Zunächst wird die Frage aufgeworfen, wann denn überhaupt eine Pflicht zur Entgegennahme einer Erklärung bestehe, und bestritten, daß dies in allen von Habicht angeführten Beispielen der Fall sei.

Habicht[5]) will eine solche Pflicht anerkannt wissen einmal auf Grund eines bestehenden Schuldverhältnisses und zweitens für den Antragsteller, der nach § 145 seine Bindung nicht ausgeschlossen hat. Zu den Fällen der ersteren Art rechnet Habicht die Mahnung, Kündigung, Ausübung des Wahlrechtes bei der Alternativobligation (§ 263), die Erklärung des Rücktrittes (§ 349), Billigung oder Mißbilligung beim Kauf auf Probe oder nach Probe (§ 496), die Ausübung des Wieder- und Vorkaufsrechtes und andere.

Daß in diesen Fällen eine solche Verpflichtung besteht, wird von Titze, Blume und anderen bestritten und damit der Habichtschen Lehre der größte Teil ihres Anwendungsgebietes genommen. Freilich die von Titze zum Belege seiner Ansicht angeführten Beispiele erreichen unseres Erachtens ihren Zweck nicht.

Daß eine derartige Verpflichtung gleichbedeutend wäre

> „mit einer den guten Sitten widerstreitenden, durch die Bedürfnisse des Verkehrs in keiner Weise gebotenen Beschränkung der persönlichen Freiheit des einzelnen“,[6])

---

[4]) Planck § 130 Anm. 5; Blume S. 15 f.; Breit a. a. O.
[5]) S. 112.
[6]) Titze S. 451.

will mir nicht einleuchten. In vielen Fällen mag es ja als unbillige Zumutung dem Verpflichteten gegenüber erscheinen, jedoch werden wir bei näherer Untersuchung auch hier eines Besseren belehrt werden. Entweder ist eine besondere Art der Benachrichtigung zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart, z. B. mittels Fernsprecher bis 7 Uhr abends: in diesem Falle ist der Adressat selbstverständlich zur Bereitschaft verpflichtet, oder es ist nichts vereinbart, und dann muß die normale Benachrichtigungsart, z. B. durch einfachen Brief durch die Post, dem Gegner stets möglich sein. Daß dies innerhalb der üblichen Verkehrsschranken zu geschehen hat, wird weiter unten besprochen werden.

Wie wenig die gewählten Beispiele zum Beweise der Richtigkeit der Titzeschen Ansicht dienen können, mag im folgenden gezeigt werden. Titze[7]) meint, man könne doch dem Vermieter nicht zumuten, an jedem Quartalsersten die stete Möglichkeit der Briefbestellung im Auge zu behalten. Inwiefern soll denn hierdurch eine Beschränkung der persönlichen Freiheit des Vermieters entstehen? Will er nicht persönlich zu Hause bleiben, so tut ein Briefkasten an der Tür die gewünschten Dienste. Ist dagegen eine Erklärungsart üblich, die eine persönliche Entgegennahme erfordert, wie z. B. Einschreibesendungen, so wird er sich einen Vertreter ernennen können, wenn er selbst verhindert ist.

Auch bei den übrigen Beispielen besteht die Möglichkeit, die Erklärung entgegenzunehmen, ohne daß der Verpflichtete Vorkehrungen zu treffen hat, die eine wesentliche Erschwerung des Verkehrs bewirken.

Daß eine strikte Ablehnung dieser Pflicht zur Entgegennahme praktisch nicht durchführbar ist, sieht auch Titze sehr wohl. So gibt er denn auch (S. 452) zu, daß eine Verpflichtung nicht nur kraft ausdrücklicher Abrede bestehen könne, sondern daß sie sich auch aus den Besonderheiten des konkreten Falles ergeben könne. Der Hausarzt würde obligationswidrig handeln, wenn er einen Ausflug unternehme an einem Montag, an dem, wie er weiß, einer seiner Patienten so schwer krank darnieder-

---

[7]) S. 451.

liege, daß er jeden Augenblick gewärtig sein müsse, zu einer Katastrophe gerufen zu werden (Anm. 109). Hiermit weicht Titze wieder in bedenklicher Weise von seinen eben aufgestellten Sätzen ab und erkennt unseres Erachtens im Prinzip das Bestehen einer solchen Verpflichtung an.

So teilen denn auch Endemann,[8]) Dernburg,[9]) Crome[10]) und Planck[11]) die Ansicht Habichts, und auch wir müssen ihnen beipflichten.

Alle die genannten Erklärungen sind empfangsbedürftig, erst durch den Zugang werden sie wirksam. Was aber nützt dem A sein Vorkaufsrecht, was sein Wahlrecht bei der Alternativobligation, wenn die Willenserklärung, durch die er dasselbe ausübt, nicht wirksam wird, weil der Gegner ihren Zugang vereiteln darf. Gibt das Gesetz ein solches Recht, so muß es auch die Möglichkeit schaffen, es verwirklichen zu können.

Nicht anders steht es mit der Pflicht des Antragstellers, der seine Bindung nicht ausgeschlossen hat.

Gebundensein bedeutet zwar nach Blume[12]) nur, daß der Antragsteller während dieser Zeit dem Antragsgegner gegenüber nicht zum Widerruf berechtigt ist. Aber diese Auslegung ist unseres Erachtens viel zu eng. Der Begriff der Gebundenheit ist weiter zu fassen: „während derselben soll der Antragende überhaupt keinen Einfluß mehr darauf haben, ob der Vertrag zustande kommen soll oder nicht, vielmehr die Entscheidung hierüber lediglich beim Berechtigten liegen".[12a]) Die Möglichkeit der Einwirkung auf das Zustandekommen durch den Antragenden kann aber nicht nur positiv im Widerruf sich äußern, sondern auch negativ im Unterlassen des Empfanges einer empfangsbedürftigen Willenserklärung.

Auch hier würde dem Gegner die Annahme des Antrages

---

[8]) Bd. 1 § 66 Anm. 23.
[9]) Bd. 1 § 132 Anm. 21.
[10]) Bd. 1 S. 394.
[11]) § 130 Anm. 5.
[12]) S. 16.
[12a]) Staudinger § 145 Anm. 5; anders Hölder, DJZ. 1901 S. 341 u. Komm. S. 322.

wenig nützen, wenn er die Annahmeerklärung nicht zu rechtlicher Wirksamkeit bringen kann, weil der Antragsteller das Zugehen verhindert.

Ein argumentum e contrario für die Unrichtigkeit unserer Ansicht hat Blume im § 149 finden wollen.[12b]) Dieser Paragraph knüpfe allerdings eine Pflicht an den Antrag: Sei ein Vertrag deswegen nicht zustande gekommen, weil die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung infolge ungewöhnlicher Umstände verspätet angelangt, so habe der Antragsteller dem Annehmenden dies unverzüglich mitzuteilen, widrigenfalls gelte die Annahme als nicht verspätet. Daß hier der Gesetzgeber der Bereitschaftspflicht des Antragstellers nicht Erwähnung getan, sei, so meint Blume, ein Zeichen dafür, daß er sie überhaupt nicht beabsichtigt habe.

Nun, wir glauben, daß ein derartiger Schluß aus § 149 durchaus unberechtigt ist. Blumes Ansicht können wir uns nur aus der falschen Wiedergabe des Inhaltes von § 149 erklären. Dieser Paragraph spricht nicht von dem Falle,

> „daß ungewöhnliche Umstände irgendwelcher Art den rechtzeitigen Zugang der Annahmeerklärung gehindert haben",

sondern trifft nach seinem Wortlaut Bestimmungen nur für den Fall, daß die verspätet zugegangene Antwort dergestalt abgesandt ist,

> „daß sie bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig eingetroffen wäre".

Unsere Untersuchung erstreckt sich aber nur auf diejenigen Fälle, in denen trotz rechtzeitiger Absendung und trotz regelmäßiger Beförderung der rechtzeitige Zugang durch in der Person des Empfängers liegende Gründe verhindert wird.

Das Schweigen des Gesetzgebers an dieser Stelle kann deshalb auch nicht als Ablehnung der Annahmepflicht gedeutet werden.

Eine Verpflichtung zur Entgegennahme der Erklärung müssen

[12b]) Blume S. 16.

wir also in allen diesen Fällen als bestehend anerkennen. In diesem Punkte ist Habicht unbedingt zuzustimmen.

Natürlich ist diese Verpflichtung zur Annahme nicht unbegrenzt. Zutreffend hat daher das Oberlandesgericht Hamburg[13]) festgestellt, daß eine privatrechtliche Pflicht des Vermieters, dafür zu sorgen, daß eine Kündigung ihm persönlich oder einem Vertreter unter allen Umständen rechtzeitig behändigt werden könne, sich nicht konstatieren lasse. Aber das kann gegen unsere Ausführungen nichts erbringen. Auch wir halten ihn nur dann verpflichtet, sich einen Vertreter zu ernennen, wenn er nach dem Verkehrsgebrauch auf Einschreibsendungen rechnen muß. Ebenso teilen wir die Ansicht des Reichsgerichts,[14]) daß ein Angestellter in einem Kontor nicht verpflichtet sei, für den Fall seiner Abwesenheit in demselben einen Bevollmächtigten zurückzulassen. Ebenso wie in der Entscheidung v. 13. 7. 1904[15]) konstatiert das Reichsgericht eine solche Verpflichtung für ihn nur dann, wenn er in seiner Wohnung auf Einschreibsendungen rechnen müsse.[16])

Dagegen halten wir in Übereinstimmung mit der übrigen Literatur eine direkte Anwendung des § 162 für unzulässig.

Die Bedingung des § 162 ist „eine rechtsgeschäftliche Nebenbestimmung, kraft deren die Wirkung eines Rechtsgeschäftes ganz oder teilweise von dem Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig ist".

Um eine solche Nebenbestimmung aber handelt es sich in unserem Falle nicht, sondern um ein wesentliches Moment des gesetzlichen Tatbestandes.[17]) Die Willenserklärung selbst ist nicht bedingt, wenn der Eintritt einer Rechtsfolge davon abhängig gemacht wird, daß die Willenserklärung innerhalb einer bestimmten Frist abgegeben wird; auf ein solches gesetzliches Erfordernis der Existenz einer Willenserklärung darf aber nicht

---

[13]) Seufferts Arch. Bd. 50 Nr. 77.
[14]) Bd. 56 S. 262.
[15]) JurW. 1904 S. 481.
[16]) Auch RG. v. 17. 6. 1906, Seufferts Arch. Bd. 61 S. 436.
[17]) s. auch Planck § 130 Anm. 5.

ein Rechtssatz angenommen werden, der auf bedingte Rechtsgeschäfte sich bezieht.[18])

Über die Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 162 ist man getrennter Ansicht. Titze[19]) erkennt ihre Berechtigung an, und auch das Reichsgericht hat sich in seiner Entscheidung v. 13. 7. 1904 auf Habichts Standpunkt gestellt.[20]) Doch hält die in der Literatur herrschende Ansicht eine analoge Anwendung für unzulässig; ihr müssen wir uns anschließen.

Gesetzesanalogie, und nur diese kommt hier in Frage, bedeutet, auf die Grundprinzipien eines Gesetzes oder einer Mehrheit von Gesetzen zurückgehen und nach denselben nicht besonders geregelte Fälle entscheiden.[21]) Es gilt, wie Blume[22]) zutreffend ausführt, von einem bekannten Satz aus einen allgemeinen Satz, den Obersatz, suchen, als dessen Anwendung der bekannte Satz zu betrachten ist; der Tatbestand des Obersatzes muß den des gesuchten Satzes mitumfassen.

Eine Bedingung liegt in unserem Falle nach dem eben Ausgeführten nicht vor. Der gemeinschaftliche Tatbestand ist nur, daß der Eintritt eines Ereignisses, von dem die Wirkung einer Erklärung abhängt, durch einen Beteiligten widerrechtlich verhindert wird. Ein Satz in dieser allgemeinen Fassung ist aber rechtlich nicht haltbar, eine analoge Anwendung des § 162 demnach ausgeschlossen.[23])

Nach dem soeben Ausgeführten erübrigt es sich für die Anhänger unserer Ansicht, die Berechtigung der Habichtschen Fiktionslehre für den Fall zu untersuchen, daß der Zugang der Willenserklärung durch sonstige Umstände vereitelt ist, die in der Person des Adressaten liegen. Aber auch wer sich durch die letzten Darlegungen von der Unrichtigkeit der Habichtschen Lehre nicht hat überzeugen lassen, wird doch Habicht nicht

---

[18]) Hölder, DJZ. 1901 S. 341.
[19]) S. 448.
[20]) JurW. 1904 S. 481.
[21]) Dernburg Bd. 1 S. 79.
[22]) S. 5—7.
[23]) So auch Blume S. 10.

darin zustimmen können, wenn er meint, die Ausdehnung dieser Lehre auf die übrigen Fälle sei deswegen berechtigt,

> „weil es niemand mit seinem Rechtsbewußtsein vereinbaren könne, den Gegner die durch Verschulden des Erklärenden oder zufällige aus seinem Verhalten entstandenen Folgen tragen zu lassen".

Ohne eine gesetzliche Grundlage ist eine solche Ausdehnung dieser Grundsätze nicht möglich, und sie fehlt in unserem Falle. Habicht meint hier, es genüge, daß keine Gesetzesvorschrift das Gegenteil bestimme; dieses Erfordernis sei gegeben, denn § 130 sage nicht, daß eine Willenserklärung nur mit ihrem Zugange wirksam werde, sondern daß dies, wenn nicht früher, jedenfalls dann der Fall sei, ebenso wie nach § 132 eine Willenserklärung jedenfalls mit der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher als zugegangen gelte.

Daß die Auslegung des § 132 richtig ist, wird niemand bezweifeln. Den § 130 aber ebenso interpretieren zu wollen, wäre falsch. Denn hier heißt es nicht wie in § 132:

> „eine Willenserklärung gilt auch dann als zugegangen" . . .,

sondern

> „eine Willenserklärung wird in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie dem andern zugeht".

Nicht daß der Gegner sie vernommen, wohl aber, daß er die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter normalen Verhältnissen genommen hat, wird verlangt, aber auch nicht weniger. Ist aus irgendeinem Grunde die Möglichkeit der Kenntnisnahme vereitelt, so ist dem Erfordernisse des § 130 nicht genügt, die Willenserklärung kann nicht als zugegangen fingiert werden.

So ist denn auch weitaus die Mehrheit in der Literatur gegen diese Ansicht Habichts aufgetreten. Nur Hölder[24]) scheint auf Habichts Standpunkt zu stehen, wenn er meint, eine Erklärung sei dann wirksam geworden, wenn der Adressat den sich meldenden Boten nicht vorgelassen habe, weil die Erklärung schon durch die Absendung des Boten abgegeben sei

---

[24]) S. 292.

und der Empfänger nicht ihre Vollendung dadurch hindern könne, daß er sich weigere, sie entgegenzunehmen; ebenso sei eine briefliche Annahme auch dann zugegangen, wenn die Annahme des angebotenen Briefes verweigert werde.

In einer späteren kurzen Ausführung dagegen stellt er sich auf den entgegengesetzten Standpunkt und widerspricht der Habichtschen Ansicht; hier will er die Erklärung nicht als geschehen gelten lassen, sondern nur die Möglichkeit geben, dieselbe nachzuholen.[25])

§ 9.

In manchen Punkten mit der Habichtschen Lehre übereinstimmend sind die Resultate, zu denen David[1]) in seinen Untersuchungen unserer Frage kommt. Ohne bestimmte Gesetzesvorschriften zum Belege seiner Ansicht heranzuziehen, glaubt er die Lösung finden zu können vermittels des den gesamten Rechtsverkehr beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Er unterzieht die Willenserklärungen an Abwesende einer gemeinsamen Untersuchung und unterscheidet hier vier Fälle:

1. Wird die Abgabe einer mündlichen Erklärung absichtlich vom Adressaten vereitelt, so kann die Willenserklärung auch verspätet nachgeholt werden, da eine Berufung auf die Verspätung als Ausnutzung der Rechtskonsequenz wider Treu und Glauben erscheint. Die beabsichtigte Erklärung als abgegeben gelten zu lassen, ist rechtlich nicht haltbar; „denn dies verstoße gegen den obersten Grundsatz, daß ein nicht ausgesprochener Wille rechtlich ohne Bedeutung bleibt".[2])

2. Wird die Kenntnisnahme einer mündlichen Willenserklärung absichtlich vereitelt, so ist die Erklärung trotzdem rechtswirksam geworden. „Denn mit Recht werde dem wirklichen Wahrnehmen einer Erklärung der Fall gleichgestellt, daß derjenige, für welchen die Erklärung bestimmt war, die Erklärung wahrnehmen konnte und nur deshalb nicht vernommen hat, weil er sie nicht vernehmen wollte."[3])

[25]) DJZ. 1901 S. 340 f.
[1]) Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 232 ff.
[2]) S. 234.
[3]) S. 235.

Hier ist also ein Nachholen der schon einmal abgegebenen Erklärung nicht nötig.

3. Wird unter Abwesenden das Zugehen einer in geeigneter Weise abgegebenen Erklärung

a) vom Erklärenden unbemerkt vereitelt, so gilt ebenfalls die Erklärung als zugegangen;

b) bemerkt der Erklärende die Vereitlung, so kann er, auch verspätet, einen anderen Weg zur Erklärung wählen, falls ihn nicht ein Verschulden in der Wahl des ersten Weges trifft. Von den Umständen des Einzelfalles wird es hier abhängen, ob sich der Gegner auch noch schadensersatzpflichtig macht dadurch, daß er einzelne Arten des Zugehens unmöglich macht.

4. Ist der Zugang unabsichtlich — schuldhaft oder nicht — verhindert durch Umstände, die lediglich in der Person oder auf seiten des Erklärungsempfängers liegen, so gilt die Erklärung ebenfalls nicht als abgegeben, wohl aber kann sie rechtswirksam von dem Erklärenden nachgeholt werden.

Diese Sätze sind aus mehrfachen Gründen abzulehnen.

Gegen die ganze Lehre als solche ist anzuführen, daß die als alleinige Begründung mögliche Berufung auf Treu und Glauben im Rechtsverkehr auf zu schwacher Grundlage ruht. Man darf nicht unbeachtet lassen, daß eine derartige Verallgemeinerung dieses für Einzelfälle im Bürgerlichen Gesetzbuch[4]) zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes in der Wissenschaft eine nicht zu verachtende Gegnerschaft gefunden hat, die zu widerlegen durchaus nicht gelungen ist.

Und ebenso ruft die Entscheidung im einzelnen berechtigten Widerspruch hervor.

Vor allen Dingen ist David nicht beizustimmen, wenn er es unterläßt, in den Fällen, in denen er ein Nachholen der Erklärung fordert, dies nicht von der Innehaltung einer bestimmten Zeit abhängig zu machen. Wie sehr auch das Interesse des Erklärenden zu beachten ist, so darf doch nicht deswegen das des Adressaten unbilligerweise geschmälert werden. Unbillig aber wäre es oder doch zum mindesten wider das Verkehrsinteresse,

---

[4]) §§ 242, 157, 162, 320 Abs. 2, 815.

wenn A die Annahme des Vertragsangebotes noch nach Wochen aussprechen kann, weil B an dem abgemachten Termin die Abgabe der Willenserklärung vereitelt hat. Über die Länge der Frist mag man verschiedener Ansicht sein — dies wird noch unten des weiteren erörtert werden —, aber eine Grenze muß es für die Möglichkeit, die Erklärung nachzuholen, geben.

Ferner gilt, was S. 33 gegen die Habichtsche Lehre gesagt ist, auch hier. Ist ein Zugehen tatsächlich nicht erfolgt, so kann die Erklärung auch unter keinen Umständen als zugegangen gelten.

§ 10.

Auf jeden Fall muß zugegeben werden, daß diejenigen Lehren den Vorzug verdienen, die sich auf bestimmte Gesetzesvorschriften stützen. Diesen Weg haben denn auch alle anderen Autoren in ihren Untersuchungen einzuschlagen versucht, freilich in verschiedener Weise und mit verschiedenen Ergebnissen.

Ausgehend von der im § 2 erörterten Verpflichtung des Adressaten zur Entgegennahme der Willenserklärung, haben Planck und Breit mit Hilfe der Vorschriften über die Schadensersatzpflicht zu einem befriedigenden Resultat zu gelangen gehofft.

Planck[1]) erkennt die Verpflichtung zur Entgegennahme allerdings nicht in demselben Umfange an, wie wir, legt seinen Ausführungen vielmehr die Fälle zugrunde, in denen jemand auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses zur Entgegennahme der Erklärung verpflichtet ist. Verletze der Betreffende diese Pflicht vorsätzlich oder fahrlässig, so hafte er dem Gegner auf Schadensersatz; er habe also nach § 249 den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dies wäre indirekt dadurch zu bewirken, daß der Ersatzpflichtige sich so behandeln lassen müsse, als sei die Erklärung innerhalb der gesetzten Frist ihm gegenüber wirksam abgegeben. Der Erklärende habe aber hierauf nur Anspruch, wenn er unverzüglich, nötigenfalls nach § 132, den Zugang bewirke. Die Beweislast träfe in diesem Falle den Gegner, der zu be-

[1]) § 130 Anm. 5.

weisen habe, daß beim Unterbleiben der Entgegennahme ihn ein Verschulden nicht träfe.

Diese Ausführungen haben auf den ersten Blick etwas sehr Bestechendes. Und doch trage ich Bedenken, ihnen zuzustimmen.

Freilich gegen die Auslegung des § 276 ist nichts einzuwenden. Die Literatur äußert sich hier zustimmend, und auch das Reichsgericht[2]) hat ausdrücklich anerkannt, daß „unter dem Vertreten von Vorsatz und Fahrlässigkeit die Haftung desjenigen, welcher vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflicht verletze, für die Folgen seines Handelns und der durch dasselbe bewirkten Schädigung eines andern verstanden werden müsse". Es ist hierdurch, wie es in der Entscheidung weiter heißt, der allgemeine Rechtssatz anerkannt,

> „daß derjenige, welcher eine Verbindlichkeit schuldhaft verletzt, dem andern Teil den hierdurch verursachten Schaden zu ersetzen hat".

Das Bedenkliche der Planckschen Ausführungen liegt aber in der Auslegung des § 249: Der Erklärende soll die verhinderte Rechtsfolge als eingetreten fingieren können. Mit Recht wendet Blume[3]) hier ein, das Bürgerliche Gesetzbuch kenne einen Rechtssatz nicht, nach welchem

> „wer den Anspruch auf Herstellung eines Rechtszustandes hat, die Rechtslage so behandeln darf, als sei der Zustand bereits eingetreten".

Hätte dieser Satz Geltung, so wären Vorschriften, wie sie die §§ 123, 812 Abs. 2 enthielten, überflüssig und ebenso § 162, da, was hier für die Bedingung als Sondervorschrift gelte, dann allgemeiner Rechtssatz sei.[4])

Außerdem dürfte die Plancksche Lehre mit dem Verkehrsbedürfnis nicht Schritt halten, wenn schon dies von anderer Seite geleugnet wird. Wir werden auf diesen Punkt noch unten näher zu sprechen kommen und können uns hier mit dem Gesagten begnügen.

---

[2]) RG. Bd. 53 S. 201, 202, Bd. 52 S. 19.

[3]) S. 21.

[4]) So Blume S. 21.

§ 11.

Der Planckschen Auslegung des § 249 schließt auch Breit[1]) sich an, und schon aus diesem Grunde müssen wir seine Lehre verwerfen. Doch bedarf auch die Art, wie er die Schadensersatzpflicht zu konstruieren versucht, der Widerlegung.

Auch Breit steht entgegen der herrschenden Ansicht auf dem Standpunkt, daß es einer Hilfe für den Erklärenden nur in denjenigen Fällen bedarf, in denen ein Verschulden des Adressaten vorliegt. Denn, so meint er, wenn der Absender die Gefahr des zufälligen Unterganges bei der Beförderung zu tragen habe, so müsse er sie auch stets tragen, gleichgültig ob der Zufall auf die Person des Adressaten oder eines Dritten zurückzuführen sei (S. 595).

Auf diese Frage der Gefahrsverteilung bei zufälligem Untergang wird weiter unten des näheren eingegangen werden. Hier sei nur darauf hingewiesen, daß dem Verkehrsbedürfnis mit einer derartigen einseitigen Gefahrsabwälzung auf den Absender durchaus nicht genügt ist.

Daß man auch den Schaden tragen muß, den man nicht verschuldet hat, läßt sich nicht stets vermeiden. Aber eben weil der Betreffende ungerechterweise zu leiden hat, soll doch in der Verteilung der Gefahrstragung möglichst nach Billigkeit für jede Partei verfahren werden.

In den Fällen der schuldhaften Vereitlung des Zuganges bietet nun nach Breit der § 823 Abs. 1 die erwünschte Hilfe. Die Fähigkeit einer Person, im konkreten Falle einseitige Willenserklärungen mit rechtlicher Wirksamkeit abgeben zu können, ist, so führt Breit S. 593 aus, stets der Ausfluß eines entsprechenden, dieser Person zustehenden Rechtes, eines „Gestaltungsrechtes". Wer ein solches „Recht des rechtlichen Könnens" schuldhaft verletze, sei nach § 823 Abs. 1 zum Schadensersatz verpflichtet; dieser sei durch Herstellung des früheren Zustandes nach § 249 zu leisten, wenn der Erklärungsgegner selbst das Kannrecht schuldhaft verletzt habe. Die Herstellung des früheren Zustandes sei hier in der Weise möglich, daß der Erklärungs-

[1]) Bl. f. RA. Bd. 71 S. 589ff.

gegner sich so behandeln lassen müsse, als ob das Recht des Erklärenden noch bestände, d. h. er müsse die Erklärung noch nachträglich entgegennehmen.

Diese Auslegung des § 249 ist unseres Erachtens falsch. Er bestimmt, daß der Zustand herzustellen ist, „der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". So, wie Breit den § 249 anwendet, müßte er lauten: „... hat den Zustand herzustellen, der bestand, als ... eintrat". Einen solchen Rechtssatz aber kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Vielmehr ist der Zustand herzustellen, der ohne das Hindernis jetzt bestehen würde. Wäre die Verhinderung nicht eingetreten, so wäre die Willenserklärung abgegeben. Wir können uns also für den Fall der Anwendung des § 249 nur der Planckschen Auslegung anschließen: der Gegner muß sich so behandeln lassen, als sei die Erklärung bereits abgegeben; dies ist aber aus dem oben (S. 37) angeführten Grunde abzulehnen. Es bleibt also nur übrig, den Ersatz in Geld zu leisten, was, wie schon oben S. 26 dargelegt, keineswegs dem Verkehrsbedürfnisse genügt.

Wichtiger aber ist ein Zweites! Gehören diese Gestaltungsrechte unter den Begriff „ein sonstiges Recht" des § 823?

Den Beweis hierfür erbringt Breit nicht. Er glaubt sie aber hierher rechnen zu dürfen, weil das Kannrecht sich nicht, wie die nicht hierhergehörigen Forderungsrechte, nur gegen den einzelnen richtet. Auch widerstreite der Anwendbarkeit des § 823 auf die Kannrechte weder das System des Bürgerlichen Gesetzbuches noch sein Schadensersatzrecht im besonderen, und somit sei kein Grund vorhanden, die Kannrechte hier auszuschließen.

Nun fallen aber nach der in der Literatur und Praxis herrschenden Ansicht unter den Begriff „ein sonstiges Recht" des § 823 Abs. 1 nur die absoluten Rechte, zu denen, wie auch Breit zugibt, das Kannrecht nicht gehört.

Wenn ferner Breit meint, der Gegner habe das Kannrecht des Erklärenden verletzt, wenn er sich zur vereinbarten Zeit nicht sprechen lasse, und damit den Tatbestand des § 823 Abs. 1 erfüllt, so ist dem entschieden zu widersprechen. Das Wesen

des Kannrechtes ist darin zu finden, daß kraft desselben der Berechtigte etwas „kann“, ohne daß der Gegner etwas „soll“. Wenn nun Breit eine Verletzung des Kannrechtes darin erblickt, daß sich der Erklärungsgegner nicht rechtzeitig am vereinbarten Orte zur Entgegennahme der Erklärung einfindet, so macht er, wie Blume[2]) zutreffend bemerkt, aus dem „Kann“ ein „Soll“.

Endlich aber, und das ist das Entscheidende in unserem Falle, haben wir es hier mit Kannrechten gar nicht zu tun. Wenn, wie eben gesagt, ihr Wesen darin besteht, daß der Berechtigte etwas „kann“, ohne daß der Gegner etwas „soll“, so widerspricht das unseren bisherigen Ausführungen im § 1, nach denen wir eine Verpflichtung des Gegners zu verkehrsüblicher Bereitschaft zur Entgegennahme für bestehend erachten sowohl bei den Schuldverhältnissen wie bei dem Antrage des § 145.

Auch dieser von Breit gewählte Weg kann uns also nicht zu dem erwünschten Ziele führen.

§ 12.

Einen von Habicht[1]) nur im Vorübergehen hervorgehobenen Gesichtspunkt hat nun Titze[2]) zur Lösung unserer Frage zu verwerten gesucht: die Lehre vom Gläubigerverzug.

Von vornherein sei bemerkt, daß diese Lehre ohne weiteres für sich einnimmt, weil sie die mit den früheren Lösungen stets verknüpfte Streitfrage unberührt läßt, ob eine Verpflichtung zur Entgegennahme von Willenserklärungen anzunehmen sei oder nicht.

Der Empfänger der Willenserklärung, in dessen Interesse die Frist angeordnet, sei, so führt Titze aus, an deren Wahrung in ähnlicher Weise interessiert wie beim Schuldverhältnis der Gläubiger an der Bewirkung der Leistung. Dort gelte der Satz, daß wenn der Schuldner seinerseits alles getan habe, um seine Verbindlichkeit rechtzeitig zu erfüllen, und es lediglich am Gläu-

---

[2]) S. 20.

[1]) a. a. O. S. 267.

[2]) Jherings Jahrb. Bd. 47 S. 445 ff.

biger liege, daß dies nicht geschehe, der Gläubiger sich mit der verspäteten Leistung zufrieden geben müsse. Diese Lehre sei analog auf unseren Tatbestand anzuwenden. In allen Fällen, in denen der Zugang der Willenserklärung durch in der Person des Gegners liegende Gründe vereitelt sei, gleichgültig, ob durch sein Verschulden oder nicht, könne dieser aus dem Fristablauf keine Rechtsfolgen herleiten, wenn der Zugang nachträglich bewirkt werde. Die für diesen Tatbestand zu bildende allgemeine Formel habe zu lauten:

> „Ist eine befristete Willenserklärung ordnungsgemäß abgegeben, ihr rechtzeitiges Zugehen aber aus Gründen gescheitert, die in der Person des Adressaten liegen, so muß dieser die Willenserklärung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihm erst angemessene Zeit nach Fristablauf zugeht".

Die vier Voraussetzungen: „ordnungsgemäß abgegeben", das Scheitern „aus Gründen in der Person des Adressaten", „nachträgliches Zugehen" innerhalb „angemessener Frist" werden dann von Titze einer eingehenden, durch treffende Beispiele erläuterten Erörterung unterzogen.

Diese Lehre wird von Blume[3]) angefochten und die Berechtigung der analogen Anwendung der Lehre vom Gläubigerverzug in Abrede gestellt. Auch wir können uns in einigen Einzelheiten nicht mit ihr einverstanden erklären, halten sie aber im ganzen für rechtlich durchaus begründet und ihr Ergebnis für das Verkehrsbedürfnis in vollem Maße befriedigend.

Wenn wir nach der oben S. 32 angegebenen Bestimmung des Begriffes Analogie die beiden ähnlichen Tatbestände hier gegenüberstellen, so kommen wir zu folgendem Ergebnis: Beim Gläubigerverzug wird die „Vornahme der Erfüllungshandlung" verhindert durch „Nichtannahme der angebotenen Leistung", im vorliegenden Tatbestand das „Wirksamwerden der Willenserklärung" durch „Unterbleiben ihres Zugehens aus Gründen, die in der Person des Adressaten liegen".

Nun ist freilich Blume recht zu geben, wenn er meint,

[3]) S. 5ff.

der für Erfüllungshandlung und Willenserklärung gewählte gemeinsame Oberbegriff könne nicht Willenserklärung sein. Unter dieser verstehen wir die auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtete Willensäußerung. Erfüllungshandlungen enthalten aber durchaus nicht immer dieses Tatbestandserfordernis. Vielmehr liegt der gemeinsame Oberbegriff weiter zurück und wird in der „Rechtshandlung" zu finden sein.[4])

Dagegen ist Blumes Ansicht nicht zuzustimmen, wenn er meint, Titze habe den Begriff der Nichtannahme der angebotenen Leistung in unzulässiger Weise verengt, da er lediglich Gründe gelten lassen wolle, die in der Person des Gläubigers liegen.

Unserer Ansicht nach handelt es sich hier um ein Mißverständnis des von Titze verwendeten Ausdrucks „in der Person des Gläubigers liegende Gründe". Um diese handelt es sich doch auch beim Gläubigerverzug nur. Vielleicht würde man besser tun, der Klarheit halber zu sagen:

„in der Person oder auf seiten des Gegners liegende Gründe".[5])

Zum Beweise der Unrichtigkeit der Titzeschen Ansicht führt Blume an, es könne doch keinem Zweifel unterliegen, daß der Gläubiger auch dann in Verzug komme, wenn er die gekauften Pferde nicht abnehmen könne, weil sein Stall abgebrannt sei, oder wenn er nicht rechtzeitig beim Schuldner eintreffe zur Abholung, weil er unterwegs verunglückt sei. Nun liegt aber in den beiden Fällen der Grund der nicht rechtzeitigen Abnahme in der Person des Gläubigers. Immerhin mag zugegeben werden, daß die letzte Ausdrucksweise den Vorzug verdient.

Den Titzeschen Satz hat Blume, um nicht, wie schon oben erwähnt, den Begriff der Nichtannahme der angebotenen Leistung „in unzulässiger Weise zu verengen", folgendermaßen formulieren zu müssen geglaubt:

„Ist eine Rechtshandlung, die einem anderen gegenüber innerhalb bestimmter Frist vorzunehmen war, recht-

---

[4]) Blume S. 6.

[5]) So in anderem Zusammenhang David S. 239 IV.

zeitig versucht worden, aber nicht zur Ausführung gelangt, weil die erforderliche Beteiligung des anderen unterblieben ist, so trägt der andere die Gefahr der Verzögerung".

Dieser Satz aber gehe, so meint Blume, weit über das wünschenswerte Ziel hinaus und sei außerdem schon aus dem Grunde unhaltbar, weil er mit einer positiven Gesetzesvorschrift in Widerspruch stehe.

Wir glauben nicht, daß die Vorwürfe gerechtfertigt sind.

Daß das wünschenswerte Ziel überschritten sei, sucht Blume durch folgendes Beispiel zu veranschaulichen:

Der Schuldner hat gemäß § 416 dem Hypothekengläubiger angezeigt, daß der Grundstückskäufer die Schuld übernommen habe. Soll denn hier, so fragt Blume, der Gläubiger die Erklärung, daß er die Genehmigung verweigere, noch nach sechs Monaten abgeben können, weil der an den Schuldner abgesandte Brief verloren gegangen ist?

Ja, wenn dieser Satz nur in das Anwendungsgebiet des Blumeschen Satzes gehörte! Dieser verlangt, daß die Rechtshandlung nicht zur Ausführung gelangt ist, „weil die erforderliche Beteiligung des anderen unterblieben ist". Wie steht es damit in unserem Falle? War die Beteiligung des Schuldners erforderlich, bevor der Briefträger mit dem die Verweigerung enthaltenden Briefe des Gläubigers an der Haustür des Schuldners erschien? Ist wegen des Unterbleibens seiner Beteiligung die Erklärung des Gläubigers nicht wirksam geworden?

Dieses Beispiel paßt doch gar nicht auf unseren Satz. Die allgemeinen Regeln greifen hier Platz: Die Gefahr der Übersendung trägt der Erklärende; das Schriftstück ist bei der Beförderung verloren gegangen, also gilt nach Ablauf der sechs Monate die Genehmigung als erteilt.

Und wie steht es mit dem zweiten Beispiel, das uns die Kollision des Blumeschen Satzes mit dem Rechtssatz des § 295[6]) zeigen soll?

---

[6]) § 295 Satz 1: Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn

„Der Gläubiger tut das Seinige, um die Sache vom Schuldner abzuholen, findet diesen aber nicht, weil er einen falschen Weg gewiesen worden ist. Nach § 295 ist hier der Gläubiger in Verzug geraten, bei Anwendung des Blumeschen Satzes ist er es nicht".

Auch hier dasselbe Resultat! Auch hier ist die Abnahme der Sache durch den Gläubiger nicht deswegen nicht zur Ausführung gelangt, weil die erforderliche Beteiligung des Schuldners, die Sache herauszugeben, unterblieben ist. Damit der Gegner sich beteilige, ist vor allem nötig, daß von seiten des Gläubigers auch alles Erforderliche getan wird, um diese Beteiligung zu ermöglichen; der Versuch von seiten des Gläubigers muß in jeder Hinsicht vollendet sein. Trifft aber der Gläubiger beim Schuldner nicht ein, um die Sachen in Empfang zu nehmen, so ist der letztere nach dem Blumeschen Satze ebensowohl in Verzug geraten wie nach § 295.

Auch das dritte Beispiel trifft nur in sehr beschränktem Maße auf den gefundenen Satz zu, im übrigen stehen ihm dieselben Einwände entgegen wie den oben angeführten.

Alle drei haben also gegen die Berechtigung des Satzes nichts erbringen können.

§ 13.

Es bleibt uns noch der von einer Reihe von Schriftstellern[1]) gemachte Einwand zu entkräften übrig, es gehe über das vom Billigkeitsstandpunkt wünschenswerte Ziel hinaus, den Gegner über Vorsatz und Fahrlässigkeit hinaus haften zu lassen. Soweit zufällige, in der Person des Gegners liegende Gründe den Zugang verhinderten, habe sie doch derjenige, den sie träfen, also der Erklärende zu tragen, wie er ja auch den Zufall tragen müsse, daß ein rechtzeitig abgesandter Brief verloren gehe.[2])

---

der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat.

[1]) Planck, Blume, David.

[2]) Planck § 130 Anm. 5.

Nun ich glaube, daß im Gegenteil ein Resultat wie das unserige weit mehr dem Billigkeitsgefühl entspricht. Der Vergleich mit der Gefahrshaftung des Erklärenden scheint doch stark zu hinken.

Als man sich bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches dazu entschloß, den Erklärenden durch Anerkennung der Empfangstheorie von den übermäßigen Härten zu befreien, denen er durch die bis dahin geltende Vernehmungstheorie ausgesetzt war, da konnte man es nur als billig bezeichnen, wenn man dafür auch die Gefahr des zufälligen Unterganges der Mitteilung während der Beförderung auf ihn abwälzte. Diese Gefahr besteht für ihn bis zu dem Augenblick, in dem der Brief aus dem Machtbereich der Beförderungsanstalt in den des Empfängers übergeht. Warum nun aber die Dauer dieser Haftung für den Absender verlängert werden soll, wenn zufällige in der Person des Empfängers liegende Umstände den normalerweise möglichen Zugang unmöglich machen, ist nicht einzusehen. Wenn eine der Parteien die Folgen tragen muß, so ist es diejenige, auf deren Seite der Zufall eintritt.[3])

Überraschend wirkt es, wenn Planck,[4]) überzeugt von der Pflicht, sich deutlich auszudrücken, es für nötig hält, seinen Worten „solche Zufälle habe derjenige zu tragen, den sie träfen" hinzuzufügen: „also der Erklärende". Wir halten es nach dem soeben Ausgeführten für richtig, zu sagen „der Erklärungsgegner". Denn es kommt doch nicht darauf an, daß zur Zeit des Eintrittes des Zufalles der Erklärende noch die Gefahr trägt, sondern daß durch den in der Person des Gegners eintretenden Zufall der normale Gefahrsübergang verhindert wird.

---

[3]) So auch Hölder, Theorie der Willenserklärung S. 100: Haben wir nun die Wahl zwischen der Bestimmung eines Nachteils für den einen oder anderen, so ist es angemessen, daß jedem der Nachteil einer solchen Störung zufalle, die innerhalb seines Lebensgebietes sich ereignet hat. Ob er sie verschuldet hat oder nicht, ist daher gleichgültig, denn keinesfalls hat sie der andere verschuldet, und wenn sie einen Nachteil entweder für den einen oder für den anderen haben muß, so ist das Ergebnis vorzuziehen, daß sie ihn für jenen habe.

[4]) S. 130 Anm. 5.

§ 14.

Die von Titze aufgestellte Formel würde demnach mit den nach dem oben Ausgeführten notwendigen Änderungen etwa folgendermaßen zu lauten haben:

> „Ist eine Rechtshandlung, die einem andern gegenüber innerhalb einer bestimmten Frist vorzunehmen war, ordnungsgemäß versucht, aber nicht rechtzeitig zur Ausführung gelangt aus Gründen, die in der Person oder auf seiten des Gegners liegen, so muß dieser die Rechtshandlung als rechtzeitig vorgenommen gelten lassen, wenn sie angemessene Zeit nach Fristablauf vorgenommen wird".

Die gegen die Titzesche Lehre gemachten Einwendungen können wir demnach für stichhaltig nicht erachten. Die von uns vorgenommene Änderung der Formel war, wie schon oben erwähnt, bedingt durch die Notwendigkeit, die für die Analogie geltenden Regeln zu beachten. Den Titzeschen Satz halte ich dann für vollkommen richtig, wenn man ihn als eine vom Obersatz abgeleitete, für den Spezialtatbestand unserer Fälle passende, engere Regel bezeichnet.

Nun wäre noch auf die Haupterfordernisse des Titzeschen Satzes einzugehen, die Titze selbst einer eingehenden Prüfung unterzieht.

Unbedingt zuzustimmen ist ihm, wenn er für die „ordnungsmäßige" Abgabe verlangt, daß

> „ein taugliches Subjekt rechtzeitig durch ein taugliches Erklärungsmittel die Willenserklärung einem tauglichen Subjekt zugehen zu lassen versuchen müsse".

Ebenso sind die Ausführungen zu billigen, die sich mit der Frage beschäftigen, wann denn im einzelnen Falle die Nichtvollendung des Zugehens am Adressaten liegt. Es ist ersichtlich, daß seine Bereitschaftspflicht sich nur so weit erstreckt, als man sie normalerweise im Verkehr ihm zumuten kann. Der Kaufmann braucht nicht bis um 12 Uhr des Nachts in seinem Geschäftslokal zu warten, da bis zu diesem Augenblick ein die Annahme des Antrages aussprechendes Telegramm dort einlaufen kann; seine Bereitschaftspflicht erstreckt sich hier, natürlich nur

wenn keine Sonderabmachungen getroffen sind, billigerweise nur auf die Geschäftsstunden. Freilich wann diese Bereitschaftspflicht besteht und wann nicht, wird sich oft nur nach den besonderen Umständen des Einzelfalles entscheiden lassen. Das dürfte bei manchen Anstoß erregen, wird sich aber nach unserer Ansicht nie ganz vermeiden lassen, will man zu billigen Ergebnissen gelangen.

In allen Fällen aber ist notwendig, daß die Erklärung dem Gegner nachträglich auch zugeht. Hat er die Annahme verweigert, so muß der Erklärende sich nötigenfalls der nach § 132 zulässigen Zustellung durch den Gerichtsvollzieher bedienen.

Und zwar hat der Erklärende das Nachholen sofort zu bewirken; daß er dies „unverzüglich" tut, kann auch unseres Erachtens nicht als ausreichend betrachtet werden. Wenn auch das Abweichen von der allgemeinen Regel hinsichtlich der Gefahrstragung bei Fristversäumnis der Billigkeit entspricht, so ist es eben doch eine Ausnahme, die bei allzu großer Fristverlängerung zur Unbilligkeit führen würde.

Wie nun aber, wenn der Absender von dem nichterfolgten Zugang keine Kenntnis erhält. Nehmen wir z. B. an, der Adressat will das Wirksamwerden der Erklärung verhindern, verreist deshalb auf kurze Zeit und gibt mehrere falsche Adressen an, so daß der Brief ihm endlich vier Wochen nach Fristablauf zugeht. Muß er sie hier trotz unverzüglicher Benachrichtigung gemäß § 149 als rechtzeitig eingetroffen gelten lassen? Und ist es anders in dem Falle, daß diese Verspätung nicht absichtlich, sondern durch zufällige, in der Person des Adressaten liegende Gründe herbeigeführt ist?

Wir werden nicht beide Fragen zugleich beantworten können, wollen wir zu einem befriedigenden Ergebnis kommen.

Bei vorliegender Absicht dürfte jede Frist „angemessen" erscheinen; es ist billig, daß hier der Adressat in jedem Falle die Folgen trägt.

Bei zufälliger oder fahrlässig herbeigeführter Verspätung dürfte die Entscheidung über die „Angemessenheit" im Einzelfall dem Richter zustehen, wobei er nach Möglichkeit die berechtigten Interessen des Empfängers zu berücksichtigen hat.

Diese Ansicht teilt auch Titze.[1]) Zutreffend verweist er zur rechtlichen Begründung der Unterscheidung von vorsätzlicher oder zufälliger Vereitlung des Zuganges auf die Bestimmung des § 826, nach welchem der Adressat für vorsätzlich zugefügten Schaden zum Ersatz verpflichtet ist.

§ 15.

Dieser Lehre Titzes ist von Blume die Anwendbarkeit in dem von uns anerkannten Umfange abgesprochen und auch, wie schon erwähnt, ein so weitgehendes Verkehrsbedürfnis für die Sicherung des Adressaten verneint. Die von Blume angeführten Gründe sind bereits oben des längeren erörtert worden. Nur bedarf es noch einer Darlegung der Blumeschen Lehre, insbesondere insoweit sie die Titzeschen Sätze für berechtigt erklärt.

1. Die analoge Anwendung der Lehre vom Gläubigerverzug will Blume nur insoweit gelten lassen, als es sich um eine schuldbefreiende Leistung handelt. Der von ihm aufgestellte Analogiesatz lautet:

> „Hängt die Befreiung eines Schuldners davon ab, daß der Gläubiger sich an der Befreiung beteiligt, und hat der Schuldner rechtzeitig das Seinige zur Befreiung getan, der Gläubiger aber unterlassen, sich zu beteiligen, so trägt der Gläubiger nach Maßgabe der §§ 300 ff. die Gefahr der Verzögerung, bis er zur Beteiligung bereit ist".

Blume[1]) zieht diese Fassung der Titzeschen deswegen vor, weil sie nicht nur das verspätete Nachholen ermögliche, sondern „auch den Fall berücksichtige, daß die Befreiungshandlung infolge der Verspätung unmöglich geworden ist".

Wir haben schon oben gezeigt, daß eine solche Beschränkung der Lehre Titzes auf die Befreiungshandlungen weder vom Standpunkt des Gesetzes noch dem des Verkehrs erforderlich ist. Ferner kommt es auf die weitergehenden Folgen hier

---

[1]) S. 463.

[1]) Blume S. 8.

unseres Erachtens kaum an. Dem praktischen Bedürfnis ist bei den in Betracht kommenden Willenserklärungen durchaus genügt, wenn die durch den Adressaten herbeigeführte Verspätung ihrem Wirksamwerden nicht im Wege steht. Sollte aber die Schadensersatzfrage doch einmal praktisch werden, so bedarf es der Blumeschen Lehre nicht, da man auf dem von Planck vorgeschlagenen Wege mit Hilfe der §§ 276, 249 zu dem gleichen Ziele kommt.

2. Für den Fall aber, daß der Adressat den Zugang der Willenserklärung vorsätzlich und rechtswidrig vereitelt hat, will Blume aus den §§ 530 Abs. 2 u. 2239 Nr. 2 folgenden Satz herleiten:

> „Ist jemand von einem andern vorsätzlich und widerrechtlich zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt oder an der Abgabe einer solchen verhindert worden, so kann er dem andern gegenüber die Wirkungen der Erklärung oder ihrer Unterlassung durch Anfechtung oder Nachholung der Erklärung beseitigen".

Der in diesem Satz enthaltene, beiden genannten Paragraphen zugrunde liegende Gedanke sei im Bürgerlichen Gesetzbuch ein Grundsatz von allgemeiner Bedeutung.[2]) In einer Reihe von Fällen gäbe das Gesetz bei vorsätzlicher und widerrechtlicher Schädigung nicht nur nach § 826 einen Anspruch auf Schadensersatz, sondern ein weitergehendes Mittel, sich schadlos zu halten, so in § 123 Abs. 1 bei widerrechtlicher Drohung die Anfechtung. Und ebenso gehe hier der genannte Satz auf Beseitigung des rechtswidrigen Verhaltens durch eine Erklärung des Benachteiligten.

Nun dürfte es aber höchst bedenklich erscheinen, aus zwei Sondervorschriften ohne näheren gesetzlichen Anhalt einen Satz von so allgemeiner Bedeutung ableiten zu wollen. Auf jeden Fall muß zugegeben werden, daß eine analoge Anwendung einer im Gesetz enthaltenen allgemeinen Bestimmung, wie der Lehre vom Gläubigerverzug, entschieden den Vorzug verdient. Daß endlich mit diesem Satze für die Lösung unserer Frage nicht

---

[2]) Blume S. 10.

viel erreicht ist, wurde schon oben erwähnt. Einmal trifft auch er die Fälle der fahrlässigen und zufälligen Vereitlung nicht, die in das Anwendungsgebiet des Satzes über die Befreiungshandlung nicht gehören, andererseits aber auch nur einen verschwindenden Teil der Fälle, in denen die Wahrung der Frist absichtlich vereitelt wird. Denn Blume spricht nur von der Verhinderung der „Abgabe einer Willenserklärung". Nun haben wir aber im Laufe unserer Untersuchung gesehen, daß es sich in den meisten Fällen um ein Verhindern des „Zuganges der Willenserklärung" handelt. Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, daß diese Fälle eine gleiche Behandlung verlangen; unter die Blumesche Formel passen sie aber ohne weiteres nicht.

Außerdem trifft dieser Satz nicht zu für diejenigen Fälle, in denen der Empfänger nicht das Zugehen überhaupt, sondern nur das rechtzeitige Zugehen vereitelt. Trifft der rechtzeitig abgesandte, die Kündigung enthaltende Brief infolge der Abreise und absichtlich falschen Adressenangabe des Vermieters einige Tage zu spät ein, so wird man doch von dem Kündigenden kein Nachholen der Erklärung verlangen, damit dieselbe rechtswirksam werde.

§ 16.

Wie wir im Laufe unserer Untersuchungen gesehen haben, ist die Unterscheidung von Willenserklärungen gegenüber Anwesenden und Abwesenden nicht immer absolut notwendig. Vielmehr sind einzelne Willenserklärungen beider Arten oft so wesensgleich, daß eine Gegenüberstellung nicht immer leicht ist. Da es nun das Bestreben sein muß, stets nach den wesentlichen Kriterien zu sondern, so ist die Frage nicht unbegründet, ob nicht eine andere Einteilung dem Wesen der Willenserklärungen mehr entspricht.

Neuerdings haben sich mit dieser Frage besonders Breit[1]) und Oertmann[2]) beschäftigt. Breit stützt seine Ausführungen auf die Quellen und stellt fest: Im alten römischen Recht ist

[1]) S. 646 ff.
[2]) S. 407.

für die Anwesenheit des Gegners entscheidend gewesen die Möglichkeit, das gesprochene Wort, das ursprüngliche Erklärungsmittel im Rechtsverkehr, zu hören. So ist auch der Begriff anwesend — abwesend ursprünglish nur für die stipulatio berechnet gewesen, wie dies Ulpians[3]) Wort zeigt:

„nec absens quidem (stipulationem contrahere potest) quia invicem exaudire debent.

In jenen Zeiten war eben absens derjenige, der die stipulatio nicht wahrnehmen, d. h. nicht hören konnte, denn wahrnehmen war damals gleich hören. Mit dem Aufkommen der Schriftform wurde dies anders: jetzt konnte man wahrnehmen, nicht aber hören, als absens. Und die gemeinrechtliche Wissenschaft wendete diesen Begriff absens, der nur für die mündlichen Rechtsgeschäfte Bedeutung haben konnte, auf alle Willenserklärungen an. So kam sie zu dem „Vertragsschluß unter Anwesenden". Hieraus hat endlich das Bürgerliche Gesetzbuch verallgemeinert: „Willenserklärungen unter Anwesenden", und so statt auf das wesentliche Gemeinsame, das Erklärungsmittel, den Nachdruck gelegt auf das unwesentliche: die Anwesenheit. Daher sollten, so folgert nun Breit,[1]) nicht die unsicheren Begriffe Anwesenheit — Abwesenheit das Kriterium bilden, sondern die präzisen: Schriftlichkeit und Mündlichkeit. Die andere Lehre schaffe folgende Rechtslage: Zwei Personen seien, obwohl räumlich getrennt, anwesend, wenn sie telephonisch verhandelten, abwesend, wenn sie schriftlich verkehrten.

Ebenso führt Oertmann aus. Nur will er nicht schriftliche und mündliche, sondern verkörperte und nicht verkörperte Willenserklärungen unterscheiden; denn die zu den verkörperten gehörende Realofferte sei keine schriftliche Willenserklärung und ihnen doch wesensgleich.

Daß wir diese Unterscheidung für praktisch halten, soll nicht geleugnet werden. Dafür spricht schon der Umstand, daß auch wir unsere Untersuchung auf dieser Gegenüberstellung auf-

---

[3]) l. 1 p. D. de V. O. 45, 1.
[1]) S. 649.

gebaut. Aber es kann nicht zugegeben werden, daß der Gesetzgeber bei den Willenserklärungen an Abwesende nur die im Auge hatte, bei denen das Schriftstück ausgehändigt wird. Das sagt aber Breit. Deswegen bedürfen auch nach seiner Ansicht diejenigen Willenserklärungen, bei denen das Schriftstück durch den Boten nur vorgezeigt wird, der Kenntnisnahme. Das steht ebensosehr im offenen Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes wie die von Breit gewählte Scheidung der Willenserklärungen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.